This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

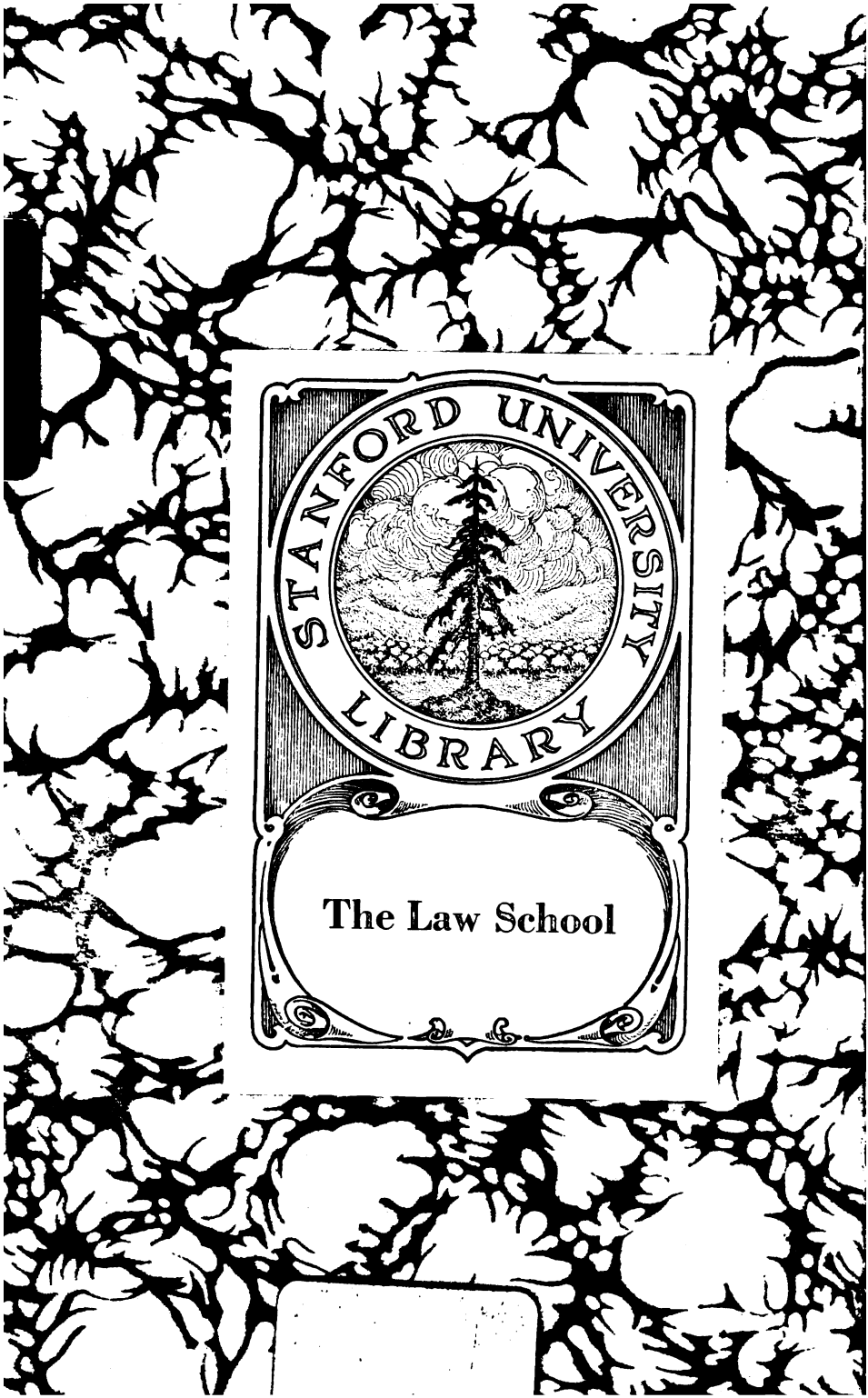
+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

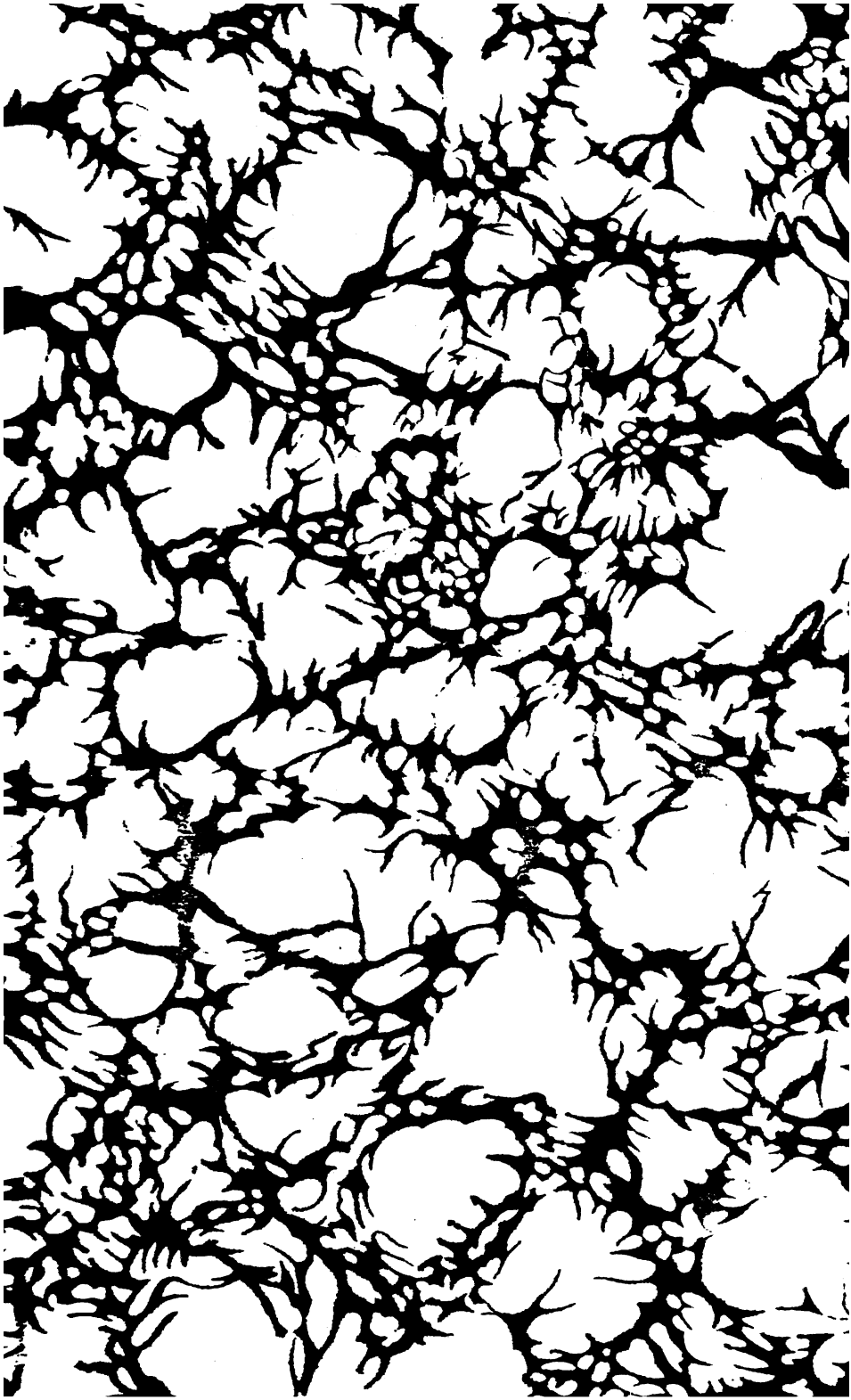
+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`


STANFORD UNIVERSITY
LIBRARY
The Law School



TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE DROIT CIVIL

XVI

DU CONTRAT DE MARIAGE

OU

DES RÉGIMES MATRIMONIAUX

I.

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT CIVIL

DU CONTRAT DE MARIAGE

OU

DES RÉGIMES MATRIMONIAUX

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

J. LE COURTOIS & F. SURVILLE
DOYEN ET PROFESSEURS DE DROIT CIVIL
A LA FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

TROISIÈME ÉDITION
Revue et mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence

TOME PREMIER

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e Arrt
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1906

L 3330

PRÉFACE

Lors de nos éditions précédentes, une préface nous avait semblé inutile.

La recherche des origines, l'esquisse rapide de l'évolution historique des régimes matrimoniaux qui nous ont été légués par les pays coutumiers et par les pays de droit écrit, le parallèle du régime dotal et de la communauté conjugale rajeuni grâce à un plus grand souci des réalités : tout cela n'avait-il pas sa place naturellement marquée dans le corps même du Traité, entre l'exposé du principe de la liberté des conventions matrimoniales, si largement proclamé dès le début par le législateur, et l'examen critique des raisons qui l'ont guidé dans le choix du régime de droit commun, régime de ceux qui n'ont pas voulu ou n'ont pas su faire de contrat de mariage (1) ?

Mais un thème nouveau mérite notre attention : celui des réformes que comporte la législation française en matière de conventions matrimoniales. Nous y avions bien quelque peu songé déjà, en critiquant, dans nos précédentes éditions, les pouvoirs exagérés du mari sur les biens communs (2), et en insistant sur la nécessité de l'accentuation du mouvement, déjà commencé, en faveur de l'extension du rôle juridique de la femme dans la gestion des intérêts communs (3).

Nous allons bientôt constater que c'est précisément à ce double point de vue qu'il faut envisager le problème, si l'on se préoccupe d'améliorer la situation trop souvent poignante de la femme de l'ouvrier, et d'organiser un régime de

(1) V. *infra*, I, n. 50 à 60.
(2) V. *infra*, I, n. 686, 687.
(3) V. *infra*, I, n. 632 à 698.

droit commun qui lui convienne, sans recourir au procédé fâcheux d'une législation spéciale à une classe de citoyens.

Aujourd'hui, le problème de la revision de notre Code civil est officiellement posé. Par arrêté du commencement de décembre 1904 (1) M. le garde des sceaux a institué une commission nombreuse, « à l'effet de rechercher, dans les législations civiles étrangères et dans les travaux parlementaires de notre pays, les solutions juridiques qui, ayant réalisé un progrès, pourraient prendre une place légitime dans le Code civil de la France. »

Réunie au Ministère de la Justice le 22 décembre 1904, cette commission s'est subdivisée en six sous-commissions dont la cinquième, composée de onze membres, est chargée de rechercher les modifications à apporter au titre *Du contrat de mariage* et au chapitre VI du titre *Du mariage*, sur les droits et les devoirs respectifs des époux (2). Ce dernier chapitre est consacré presque tout entier à l'autorisation maritale (art. 215 à 226), institution qui découle, elle-même, du principe, aujourd'hui si contesté, écrit en ces termes dans l'article 213 : « Le mari doit *protection* à sa femme, la femme *obéissance* à son mari. »

* * *

Pour ne point sortir du cadre de ce Traité, n'envisageons que la revision du titre *Du contrat de mariage*.

Dans son discours d'ouverture des travaux de la commission, M. le Ministre de la Justice l'a invitée discrètement « à faire moins œuvre d'invention que de perfectionnement », ajoutant qu' « il ne s'agit pas de jeter à bas notre vieux Code civil pour en faire un tout neuf ». Il a finalement déclaré que le but à poursuivre « était beaucoup plus de mettre notre Code civil en harmonie avec l'état social actuel » (3).

Or, l'article 213 du Code civil et son influence directe sur

(1) V. *Journal officiel*, 1904, n° du 3 décembre, p. 7126.
(2) V. *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1905, p. 183.
(3) V. *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1905, p. 180, 181.

bon nombre des dispositions du titre *Du contrat du mariage*, en particulier sur les textes qui ont maintenu au mari une trop large part des droits d'aliénation et de dissipation que lui conférait jadis sa qualité de « seigneur et maître de la communauté », ne sont pas les moins argués d'être en désaccord avec nos mœurs et nos idées (1). Nous nous sommes déjà nous-mêmes — nous venons de le rappeler — associés dans une certaine mesure à ces critiques.

Nous voudrions, aujourd'hui, dire un mot des études et des propositions déjà faites en vue de réformer notre législation des régimes matrimoniaux.

* * *

Il nous paraît indispensable de rappeler, à cette occasion, les principes fondamentaux de cette partie de notre législation. Ces principes, à force d'être sous-entendus tant ils avaient longtemps paru évidents et indiscutables, ont fini par être oubliés, ou passer inaperçus. Or, il serait fâcheux, sous prétexte d'améliorer le sort des femmes mariées, de les priver de certains avantages dont elles ne sentiraient tout le prix que lorsqu'elles les auraient perdus, et dont à l'heure présente, dans l'ardeur des polémiques, de bons esprits même pourraient être portés à faire trop bon marché.

La revision de notre législation des régimes matrimoniaux est, au point de vue que nous envisageons en ce moment, depuis longtemps commencée.

La loi du 6 février 1893 a restitué à la femme séparée de corps et de biens la plénitude de sa capacité juridique. Le législateur a sagement renoncé à continuer d'imposer à la femme, après la rupture violente de la vie commune, l'obligation de prendre conseil de son mari pour la gestion de ses intérêts pécuniaires.

(1) Cpr Turgeon. *Le féminisme*, 2 vol. (*passim*). — V. également. Basset. *Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires* (Th. 1896). — Morizot-Thibaut. *De l'autorité maritale* (1899). — Aftalion. *La femme mariée* (Th. 1899). — Binet. *La femme dans le ménage* (Th. 1904) et la bibliographie mise en tête de cette thèse.

Les lois du 9 avril 1881 et du 20 juillet 1895 sur les caisses d'épargne, la loi du 20 juillet 1886 sur la caisse des retraites pour la vieillesse ont quelque peu augmenté les droits de la femme sur les ressources communes.

Elle peut jouer son rôle dans les sociétés de secours mutuels (1) et de prévoyance.

En 1896, à la suite d'une proposition de loi de M. Goirand, qui élargissait une proposition antérieure de MM. Jourdan, Dupuy-Dutemps et Montaut, notre Chambre des députés votait que : « Quel que soit le régime adopté par les époux, la femme a le droit de *recevoir, sans le concours de son mari,* les sommes provenant de son travail personnel, et *d'en disposer librement.* »

* * *

D'autre part, les jurisconsultes ne sont pas restés indifférents en présence de ces graves questions. Sous l'influence du mouvement en faveur des réformes législatives et de la codification du droit privé devenu de plus en plus intense dans la plupart des États civilisés, au lendemain de la promulgation du nouveau Code civil allemand et de l'apparition d'un avant-projet de Code civil pour la Suisse (2), il s'est constitué à Paris, en 1901, une *Société d'Études législatives* « en vue surtout de faciliter la réforme des codes et des lois (3). »

Le premier problème mis à l'ordre du jour de la première séance de cette Société, le 20 février 1902, fut celui-ci : « Des modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux biens et aux produits du travail et de l'industrie (4). »

Le rapporteur, notre savant collègue M. Tissier, distingue,

(1) V. la loi du 1er avril 1898 *sur les sociétés de secours mutuels.*

(2) V. l'exposé des motifs de cet avant-projet par M. le professeur Huber, et T. I, Berne, 1901. Cpr. le premier avant-projet de Code civil suisse de 1894.

(3) V. *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1901-1902, I, p. 5, s.

(4) V. *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1901-1902, I, p. 25.

à ce sujet, très nettement deux questions : « l'une, très ample et très complexe, a pour objet l'ensemble des réformes qu'on doit apporter aux droits et pouvoirs actuels de la femme mariée ; l'autre, précise et bien circonscrite, a trait aux droits et pouvoirs de la femme mariée sur les produits de son travail (1). » La commission s'en tint prudemment à l'étude approfondie de cette dernière question. Mais, au cours de la discussion en assemblée générale, les orateurs semblent bien approuver l'idée d'une réforme plus étendue, dont la réalisation exigera une connaissance profonde des habitudes des familles, en une matière où s'exerce si largement le principe de la liberté des conventions.

Dans son beau livre sur *Le mariage et le divorce dans les principaux pays civilisés*, M. Lehr s'exprime ainsi : « *Partout* le mari étant considéré comme *le chef de l'association conjugale*, c'est, en cas de dissentiment, son avis qui doit prévaloir (2). Le devoir d'*obéissance* de la femme est donc indiqué en termes plus ou moins explicites. Mais les législations les plus récentes, et surtout les législations germaniques insistent plutôt sur le caractère d'associée ou de *coopératrice* de la femme que sur le caractère de *subordonnée* ; et elles sont certainement plus près de la nature actuelle des relations entre mari et femme (3). » Ce passage, de l'éminent jurisconsulte, n'est-il pas à méditer ?

* * *

Quoi qu'il en soit, les promoteurs d'innovations se divisent en deux groupes.

(1) *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1901-1902, I, p. 28.

(2) V. les art. 583, s. du Code civil de Zurich, le prototype des Codes du nord-est de la Suisse, trad. Lehr, p. 140; et, du même auteur : *Le mariage et le divorce*, n° 985.

(3) Cpr. Lehr, *Le mariage et le divorce*, n. 128, 131, s., ainsi que les art. 1354, s. C. civ. allemand. — Bufnoir, *La question des régimes matrimoniaux en Allemagne, Bulletin lég. comparée*, 1876, p. 163, s. — Saleilles. *La condition juridique de la femme dans le nouveau Code civil allemand.* (Extrait de la *Réforme sociale*) 1901. — Léon Lyon-Caen, *La femme mariée allemande* (Th. 1903).

Les uns, — ce sont les moins nombreux, — voudraient faire admettre, comme régime légal, celui de la séparation de biens (1). Les autres restent fidèles à la communauté.

Le régime de la séparation de biens qui a les préférences des législations anglo-américaines (2), est celui, dit-on, qui réalise l'égalité juridique complète des époux. Chacun d'eux dirige séparément ses intérêts. Sans doute, on a songé depuis longtemps (3) à conférer, en cas de communauté, à l'un comme à l'autre des conjoints un droit égal dans l'administration du patrimoine commun ; mais un pareil système semble devoir être d'un fonctionnement trop difficile (4). Avec la communauté, il faut un seul gérant, et, en général, on ne peut guère contester que ce soit le mari qui, à raison de sa force, de son activité, de ses aptitudes, de son expérience, soit tout désigné pour remplir ce rôle (5). De là résulte forcément une certaine subordination de la femme mariée, à laquelle la soustrait, seul, le régime de séparation.

Ce régime, que les féministes allemandes ont essayé vainement d'obtenir lors de l'adoption du Code civil par le Reichstag (6), n'est pas dans nos mœurs françaises. Les statistiques le démontrent éloquemment (7). Il s'éloigne même plus encore du régime traditionnel français de communauté que du régime d'administration commune allemand (8).

D'ailleurs, n'est-il pas éminemment souhaitable qu'un régime légal puisse, autant que possible, fonctionner sans l'accomplissement de formalités coûteuses ? Or, les époux vont, — est-il concevable que l'on ait été parfois jusqu'à le

(1) V. not. Bridel, *Le droit des femmes et le mariage.*

(2) V. *infrà*, I, n. 71.

(3) V. les deux premiers projets de Code civil de Cambacérès. Cpr. Laurent : *Avant-projet de Code civil belge.*

(4) V. le troisième projet de Code civil présenté aux Cinq Cents par Cambacérès. Fenet, t. I, p. 156.

(5) V. Tissier. *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1901-1902, I, p. 30.

(6) V. la communication de Mlle Schirmacher, *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1901-1902, I, p. 191

(7) V. *infrà*, I, n. 64 note.

(8) V. *infrà*, I, n. 72.

mettre en doute, — avoir une habitation commune, malgré la séparation momentanée que peut causer leurs occupations journalières, chacun travaillant de son côté. Dès lors, sous le régime de la séparation d'intérêts, un inventaire des biens des époux lors de la célébration du mariage est encore plus indispensable que sous tous les autres régimes, puisque tous les biens constituent des propres, soit du mari, soit de l'épouse.

Si l'on s'avisait de vouloir rompre brusquement avec les habitudes des familles dans notre pays, on aboutirait, tout au plus, à multiplier les contrats de mariage — en une matière dominée par le principe de la liberté, — et aussi, lors des liquidations, les procès sur les droits respectifs des époux.

Remarquons, au surplus, que la séparation de biens proposée aujourd'hui par quelques-uns comme régime de droit commun n'est pas celle qui est réglementée par notre Code civil (1). C'est une séparation de biens sans autorisation maritale, une séparation dans laquelle la femme n'aurait pas de contribution à verser aux mains du mari. Mais elle serait personnellement tenue envers les fournisseurs dès qu'elle aurait traité avec eux.

Comme l'a excellemment écrit M. Tissier : « La communauté est notre régime national, celui auquel, à notre époque encore, vont presque toujours les préférences des familles, et qu'adoptent la plupart des contrats de mariage (2). Un législateur ne peut sur ce point que se conformer aux usages ; il ne saurait songer à troubler autant d'intérêts et d'habitudes respectables » (3).

Nous n'avons donc guère d'emprunts à faire aux législations anglo-américaines.

L'admiration que beaucoup de juristes français professent pour le récent Code civil allemand, dessine plutôt une ten-

(1) Lors de la préparation du Code civil de 1804, une proposition de Portalis, tendant à faire de la séparation de biens le régime de droit commun en France, ne reçut pas bon accueil. V. *infrà*, I, n. 59.

(2) V. *infrà*, I, n. 64, note.

(3) V. Tissier, *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1901-1902, I, p. 31.

dance à s'inspirer de la législation matrimoniale de l'Allemagne. C'est ainsi que l'institution des *biens réservés* à la femme mariée (1) a paru offrir un excellent moyen de sauvegarder les gains de l'épouse, de les soustraire, ainsi que les économies par elle réalisées, aux dissipations possibles du mari.

Mais, dans les discussions de la Société d'études législatives, il a vite apparu que cette institution ne pouvait être transportée chez nous qu'avec des modifications importantes, nécessaires pour l'adapter à notre régime traditionnel de communauté. Aussi la commission de ladite Société a-t-elle eu soin d'inscrire dans son projet de loi que les économies provenues des gains de l'épouse feront partie de la communauté à sa dissolution. La femme ou ses héritiers auraient toutefois le droit d'en exercer la reprise en cas de renonciation. Encore faut-il réserver le droit de poursuite des créanciers dont ils étaient antérieurement le gage (2). « La preuve de la provenance des biens dont la femme déclarera vouloir disposer, pourra être faite par tous les moyens de droit, sauf par commune renommée » (Art. 4 du projet).

Lors de la liquidation, ce droit à des biens réservés, sous notre régime national de communauté, ressemblerait beaucoup, ainsi compris, au préciput légal en cas de renonciation. Va-t-on l'admettre sans restriction, ce qui rendrait des abus possibles dans les ménages où l'on pourrait prétendre que la femme réaliserait des gains ou des économies très considérables ? Ne suffirait-il pas de le limiter, dans le régime légal, aux dépôts des caisses d'épargne, aux versements des caisses des sociétés de secours mutuels ou de prévoyance, ou même de la caisse des retraites pour la vieillesse ? On y pourrait ajouter les acquisitions des maisons soumises au régime des habitations à bon marché, des futurs petits domaines de famille, etc...

En Allemagne, la situation est beaucoup plus simple. Nous

(1) V. *infrà*, I, n. 72.

(2) V. l'art. 5 de ce projet et ce projet lui-même, précédé d'un exposé de motifs, dans le *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1901-1902, I, p. 457, s. et p. 464.

trouvons dans ce pays des habitudes différentes des nôtres et un régime matrimonial de droit commun, celui d'administration commune ou d'usufruit marital, que nos familles françaises n'accepteraient pas volontiers. Le régime allemand de droit commun est fort analogue à notre exclusion de communauté que nous ne voyons stipulée que 1.694 fois dans les 82.000 contrats de mariage notariés rédigés en 1898 (1).

En Allemagne, alors qu'il n'y a pas de communauté de biens entre les époux, il est logique et équitable de vouloir que, le mari conservant pour lui seul les économies réalisées sur les produits de son travail, la femme ait un droit pareil sur ses propres gains, et qu'elle en ait la disposition. Mais, chez nous, il ne peut s'agir à ce point de vue, sous le régime de la communauté, que d'un partage d'attributions entre les époux pour l'administration du fonds commun. Il ne peut s'agir que d'une sorte de consolidation du mandat tacite, déjà admis par Pothier (2), au profit de la femme, celle-ci ayant le gouvernement intérieur de la maison et la direction des achats chez les fournisseurs, alors que le mari représente plus spécialement la communauté dans les actes juridiques vis-à-vis des tiers, et pourvoit à l'administration générale des biens communs.

* * *

Les divers reproches adressés à notre droit matrimonial, même dans l'intérêt de la femme de l'ouvrier (3), se résument tous dans la critique des pouvoirs exorbitants du mari, spécialement sur les biens communs, et dans l'omission, par les législateurs de 1804, d'une consécration légale du rôle naturel et traditionnel de la femme dans le mariage : c'est

(1) V. *infrà*, I, n. 64 note.

(2) *Communauté*, n. 574.

(3) V. Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, p. 6. — Cpr. Cauwès, *De la protection des intérêts économiques de la femme mariée*, 1894. — Boistel, *Des limites à apporter aux pouvoirs du mari dans l'administration de la communauté* (*Réf. sociale*, janv. 1902). — Aftalion, *La femme mariée, ses droits et ses intérêts*, 1899. — Morizot-Thibaut, *L'autorité maritale*, 1899.

elle qui fait les achats en vue des besoins journaliers de la famille et qui doit par suite représenter l'esprit d'économie. Or, dit-on, le législateur de 1804 ne lui a pas assuré assez d'indépendance pour qu'elle puisse aisément atteindre ce but. Il ne l'a pas non plus intéressée, d'une façon assez apparente, à mettre en réserve quelques ressources pour les périodes de chômage et de maladie, ou pour la vieillesse.

On devra reconnaître que les législateurs contemporains ont déjà réalisé en ce sens quelques progrès. Le mieux serait sans doute d'accentuer ce mouvement.

Voilà pourquoi la Société d'études législatives a considéré qu'il fallait maintenant augmenter les droits de la femme sur ses propres gains. Car, à quoi bon faciliter ses versements à la caisse d'épargne, à la caisse des retraites pour la vieillesse, aux sociétés de secours mutuels, etc., si elle se voit enlever ses propres salaires par son mari ?

Finalement, dans le projet adopté par la commission de la Société précitée, il n'est directement question que des droits de la femme mariée sur les produits de son travail et sur les économies en provenant (1).

Il n'en résulterait pas moins des restrictions sérieuses aux pouvoirs actuellement reconnus au mari.

1° Au lieu du mandat tacite traditionnel que la loi (art. 1420) et la jurisprudence reconnaissent à la femme, mandat toujours révocable au gré du mari, celle-ci tiendrait directement de la loi certains pouvoirs que la justice seule pourrait lui retirer, et seulement en cas d'abus prouvés.

L'étendue de ce mandat légal devrait être fixée d'après la nature des actes juridiques à faire, ou d'après celle des biens sur lesquels il s'exercerait. Cette dernière solution qui a été préférée par la commission de la Société d'études législatives a été contestée (2). Elle soulève, en effet, des difficultés sérieuses de preuve, que l'article 4 du projet précédemment cité aurait pour but de résoudre.

2° En tout cas, les pouvoirs du mari sur les biens com-

(1) *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1901-1902, I, p. 464.
(2) V. Binet, *La femme dans le ménage* (Th. 1904) spécial. p. 334, s.

muns, — ses pouvoirs comme chef de la communauté, — subiraient une première restriction à raison même des pouvoirs propres conférés à la femme par la loi.

3° Il semble bien, quoique le projet de la Société d'études législatives n'aborde pas cet ordre de questions, qu'une seconde restriction devrait être consacrée. Les législateurs de 1804 n'ont pas osé répudier, assez complètement, l'ancienne règle que le mari est seigneur et maître de la communauté. Le mari ne devrait pouvoir aliéner des acquêts ou biens de communauté, même à titre onéreux, qu'avec le consentement de la femme qui, d'ordinaire, il est vrai, signerait de confiance, comme il arrive chaque jour lorsqu'elle renonce à son hypothèque légale, ou lorsqu'elle s'oblige avec son mari.

Ce qu'il faut surtout interdire au mari, c'est la vente, malgré la femme, des instruments de la profession exercée par celle-ci, et aussi la vente des meubles indispensables au ménage. Il serait bon, à ce sujet, de se montrer plus large que ne l'est l'article 592 du Code de procédure civile en matière d'insaisissabilité.

4° La loi devrait aussi obliger le mari à indemniser la communauté toutes les fois qu'il lui a causé un préjudice par des prodigalités inexcusables, ou par des fautes trop lourdes dans l'administration du fonds commun.

Toutefois, ce principe nouveau ne devrait être formulé qu'avec une grande réserve ; sinon le législateur serait logiquement conduit à en faire l'application à la femme elle-même, du moins le jour où le mari se trouverait quasi-désarmé, par la législation nouvelle, en face de dépenses trop déraisonnables de son conjoint.

* * *

Ce que l'on demande avant tout, c'est l'amoindrissement des pouvoirs exorbitants du mari sur les biens communs et sur les produits du travail de la femme. Certains pouvoirs seraient délégués par la loi à cette dernière. L'administration de la communauté serait partagée entre elle et son mari. Celui-ci en conserverait sans doute la part la

plus large. Mais la femme aurait la direction intérieure du ménage dans la mesure où elle lui est généralement reconnue par nos mœurs actuelles.

Voici, d'ailleurs, pour plus de clarté, un tableau résumé des réformes que les jurisconsultes tendent très généralement à considérer comme utiles et comme suffisantes. Elles feraient, en effet, une large part aux vœux des réformateurs :

1° Ne permettre au mari de faire seul, sans le concours ou le consentement de la femme, que les actes d'administration. Les articles 1421 et 1422 seraient modifiés en ce sens.

Il y aurait avantage à assimiler les pouvoirs du mari sur les biens communs à ceux que la loi lui concède sur les biens de l'épouse, quand l'administration lui en est confiée (art. 1428 et 1531).

Et pour rendre la loi plus simple dans cet ordre d'idées, il serait bon de faire disparaître les quelques droits supplémentaires attribués, par l'article 1549, au mari administrateur des biens dotaux.

2° Quant aux actes de disposition des biens communs, ils exigeraient le consentement des deux copropriétaires, c'est-à-dire celui du mari et celui de la femme.

Toutefois, en cas de nécessité démontrée ou d'avantage évident, le consentement de cette dernière pourrait être suppléé par l'approbation de la justice. Une situation inverse est déjà réglée, dans une certaine mesure, par l'article 1427 quand le mari est absent ou interdit (V. égal., art. 124, 507 et 511).

3° Transformer en mandat légal le mandat tacite que la jurisprudence reconnaît à la femme mariée, comme, d'ailleurs, il lui était déjà reconnu dans l'ancien droit.

Ce mandat qui a principalement pour objet l'achat des fournitures nécessaires au ménage, devrait être élargi d'après l'esprit des lois du 9 avril 1881 et du 20 juillet 1895 sur les caisses d'épargne, du 20 juillet 1886 sur la caisse des retraites pour la vieillesse, du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels.

La femme aurait le droit exclusif de toucher ses salaires,

de faire des versements et aussi des retraits aux caisses d'épargne. Le maximum de ces retraits pourrait être fixé.

Quant au mandat ayant pour objet les dépenses courantes du ménage, la femme devrait avoir, non seulement le droit d'encaisser elle-même ses gains, mais encore de réclamer du mari, — à défaut de crédit ouvert chez les fournisseurs, — les sommes suffisantes pour les dépenses communes. Elle pourrait même, en raison des circonstances, être autorisée par la justice à toucher directement les salaires de son mari jusqu'à due concurrence, en tant qu'elle dirigerait le ménage avec prudence et économie.

Ces pouvoirs conférés à l'épouse par la loi ne pourraient être suspendus ou lui être retirés par le juge qu'en connaissance de cause, et pour abus bien constatés.

C'est le juge de paix qui devrait, d'abord, statuer sur les questions de ce genre, sauf recours devant le président du tribunal, le tout sur simple lettre de convocation.

4° Le mari devrait une récompense à la communauté, à raison de ses prodigalités.

Logiquement, il en devrait être de même de la femme, en cas de gaspillages inexcusables et répétés.

Une solution de même nature s'étendrait aux obligations résultant de délits et de quasi-délits (art. 1424, 1425).

5° Il paraît nécessaire d'accorder à la femme, — sauf à confier à la justice le soin de statuer en cas de protestation motivée du mari, — la liberté d'exercer un commerce ou une industrie.

6° Dans cette hypothèse, s'il y a communauté entre les époux, comme il est pratiquement impossible que le commerce ne soit pas aux risques et avantages de la communauté, — solution d'ailleurs traditionnelle, — ne faudrait-il pas étendre au mari, à titre exceptionnel, le droit d'agir en séparation de biens contre sa femme, pour sauvegarder, le cas échéant, ses intérêts personnels et ceux de la communauté ? Nous trouvons ainsi, dans l'ancien droit, quelques traces d'extension de la séparation de biens au profit du mari (1). Or,

(1) V. *infrà*, II, n. 895.

cette extension s'imposera dès que le pouvoir absolu d'appréciation, accordé au chef de la communauté par l'article 4, si critiqué, du Code de commerce, se trouvera supprimé ou notablement amoindri.

7° On demande généralement que la communauté réduite aux acquêts devienne le régime légal ou de droit commun à la place de la communauté des meubles et acquêts des articles 1400 et suivants du Code civil actuel. Les meubles seraient, de plein droit, exclus du fonds commun entre les époux, — c'en est de beaucoup le plus grand nombre, (1) — qui se marient sans faire de contrat de mariage.

Cette question est loin d'être nouvelle. Elle a été déjà abordée au cours de la discussion du Code civil de 1804 (2). On proposa au Conseil d'État d'exclure de la communauté, en même temps que les immeubles présents, toutes les valeurs mobilières nominatives dont l'existence, au moment de la célébration du mariage, serait certaine. Il n'y avait guère alors, dans cette catégorie, que les rentes et les créances hypothécaires.

On aurait pu ajouter que, à l'égard des valeurs mobilières échues aux époux durant le mariage, pareille distinction ne s'impose plus, puisque le titre essentiel du conjoint qui les réclame en propre se trouve dans l'acte de donation (art. 1401-1°, 948), ou dans l'inventaire dressé lors de l'acquisition par succession (art. 1504). Ce dernier point de vue passa inaperçu.

On se borna à déclarer que ceux qui possèdent quelque chose au moment du mariage peuvent subvenir à la dépense d'un contrat pour y exprimer leurs intentions. Cette solution est défectueuse pour le cas où le contrat de mariage vient à être annulé, et aussi quand un prodigue, incapable d'aliéner (art. 513), se marie sans contrat.

Théoriquement, la substitution de la communauté réduite aux acquêts à la communauté de tous les meubles et acquêts, comme régime légal, est donc justifiée.

Mais, en pratique, la communauté réduite aux aquêts sup-

(1) V. *infrà*, I, n. 64 (note).

(2) V. *infrà*, I, n. 58. — Cpr. Thaller, *Rapport sur rev. C. civil*, p. 17.

pose une preuve de la consistance des meubles de chacun des époux lors de la célébration de l'union conjugale. Sans doute, une telle preuve doit être authentique pour les fortunes mobilières de quelque importance. Quant aux futurs conjoints de situation modeste, peut-être pourrait-on leur économiser des frais en les autorisant à dresser, lors de la célébration du mariage, un état sous-seing privé de leurs apports dans les limites d'un maximum de 500 francs ou de 1000 francs par exemple. Un double de cet état serait mentionné dans l'acte de mariage et y serait annexé (1). Il y a là un point délicat à étudier.

En tout cas, il devrait être entendu que les ménages qui préfèrent la communauté des meubles et des acquêts, — dans certaines régions les tendances des familles agricoles de métayers sont en ce sens, — n'auraient, au moins quant aux meubles dont la propriété n'est pas établie par un acte nominatif, qu'à s'abstenir de dresser cet inventaire.

8° D'ailleurs, la législation sur la preuve des apports et du droit aux reprises à exercer, soit en *nature*, soit en *créances*, est à remanier et à codifier. La jurisprudence a dû l'édifier sur quelques textes par trop insuffisants et épars. Aussi a-t-elle dû être déjà, en 1838, l'objet d'une réglementation spéciale pour le cas de faillite (art. 558, s. C. comm.).

* * *

Ne pourrait-on pas se contenter d'améliorer la communauté légale actuelle, en excluant du fonds commun et en

(1) Le Code civil espagnol promulgué le 24 juillet 1889, après avoir déclaré, dans le second alinéa de son article 1315, que: « A défaut de contrat sur les biens, on considérera le mariage comme contracté sous le régime de la société *légale* d'acquêts », décide, dans son article 1324, que : « Toutes les fois que les biens, apportés par les époux ne sont pas immeubles et que le total de l'apport du mari et de celui de la femme n'excède pas 2500 pesetas, et qu'il n'y a pas de notaire dans la commune de leur résidence, les conventions pourront être arrêtées devant le secrétaire de l'*Ayntamiento* (Conseil de la ville) et deux témoins qui constateront sous leur responsabilité, s'il y a lieu, l'apport et la délivrance des biens indiqués. Le contrat ou les contrats originaux seront conservés dans un registre, dans les archives de la municipalité du lieu. Lorsque, parmi les apports, quelle que soit leur valeur, il y a un ou plusieurs immeubles, ils seront toujours dressés devant notaire, par acte public. » (V. trad. Levé, p. 249 et 251).

réservant propres de plein droit, pour chacun des époux : 1° une grande partie des meubles présents, d'après le principe que nous allons indiquer ci-dessous; 2° tous les meubles et valeurs mobilières à venir?

Parmi les meubles présents, il en est pour lesquels, sans contrat de mariage, il serait aussi facile que pour les immeubles de constater, en liquidant la communauté, qu'ils appartenaient déjà, lors de la célébration du mariage, à l'un ou à l'autre des époux. Tels sont les offices ministériels, les fonds de commerce, les rentes nominatives sur l'État, les rentes sur les particuliers, les créances hypothécaires, les actions et obligations nominatives, les droits de propriété littéraire et artistique, les brevets d'invention, marques, dessins, modèles de fabrique, et en général, tout ce qui constitue la propriété industrielle, etc... (1).

Quant aux meubles et valeurs mobilières futurs, c'est-à-dire acquis durant la communauté par succession *ab intestat*, donation ou legs, leur qualité de propres serait établie par l'acte de donation, par le testament ou par l'inventaire dressé conformément aux articles 1415 et 1504 du Code civil.

L'actif de la communauté de droit commun étant ainsi déterminé, quel devrait être son passif? Nous croyons que la solution la plus simple, en l'absence de tout contrat de mariage, serait de l'assimiler presque entièrement au passif de la communauté d'acquêts du Code de 1804, c'est-à-dire qu'il en faudrait exclure toutes les dettes antérieures à la célébration de l'union conjugale, sauf les dettes courantes qu'il est d'usage d'acquitter avec les revenus ou les salaires, en exclure aussi le passif futur correspondant aux acquisitions à titre gratuit réalisées pendant la communauté (successions, donations, legs). Le passif commun ne comprendrait donc, outre l'arriéré habituel des dettes courantes existant lors du mariage, que les dettes correspondant aux charges du ménage (art. 1409-5°), les charges usufructuaires (art. 1409, 3° et 4°) et, en général, toutes les dettes contractées valablement pendant le mariage par le mari ou par la femme dans

(1) V. *Infrà*, II, n. 1302.

la limite de leurs attributions, sauf récompense dans l'hypothèse où l'époux aurait traité dans son intérêt personnel.

Au cas où les conjoints désireraient faire supporter par la communauté une part plus large dans le passif, il leur faudrait recourir au ministère du notaire.

Quoi qu'il en soit, le régime de droit commun ainsi établi présenterait l'avantage, qui paraît essentiel, de ne pas exiger d'écrit ou d'inventaire avant la célébration du mariage, tout en répondant, aussi complètement que possible, aux tendances des familles, surtout de celles qui n'ont qu'une modeste aisance.

Il importe, il est vrai, en établissant le régime de droit commun, de ne perdre de vue, ni les cas dans lesquels le contrat de mariage vient à être annulé, ni ceux où des incapables, tels que les prodigues et les faibles d'esprit, en se mariant sans contrat, abriteraient, peut-être inconsciemment, sous le régime légal, des donations de valeurs mobilières au porteur peut-être très considérables. Ne serait-il pas sage, dans ces derniers cas, de déclarer nulles de telles libéralités, lorsqu'elles n'auraient pas été approuvées conformément au droit commun, écrit dans les articles 499 et 513 actuels du Code civil?

Quant au premier cas, celui de l'annulation d'un contrat de mariage, par exemple pour vice de forme, ne comporterait-il pas une solution identique, la plus équitable de toutes quand on n'est pas sûr de l'expression certaine d'une volonté suffisamment libre et éclairée?

Une solution pareille serait désirable en cas de mariage d'un mineur qui n'a pas obtenu les consentements voulus par la loi, si l'action en nullité contre le mariage vient à s'éteindre dans les cas prévus par les articles 182 et 183 du Code civil. Une semblable mesure s'impose pour empêcher de graves abus. Elle serait plus que jamais nécessaire si le mariage du mineur cessait d'être subordonné, aussi sévèrement qu'aujourd'hui, au consentement de la famille.

La communauté légale du Code civil de 1804, de l'aveu de tous, absorbe, aux dépens des époux, une portion trop considérable de leur fortune, par suite du changement qui

s'est opéré, au début du XIX^e^ siècle, dans la distinction des meubles et des immeubles. Par le procédé que nous venons d'indiquer, on se rapproche, tout à la fois, de l'ancienne communauté française, et, plus encore, de la communauté d'acquêts, en si grande faveur sur toute l'étendue du territoire. N'est-ce pas en ce sens que la réforme de notre régime de droit commun est sollicitée par presque tous les partisans du régime de communauté?

* * *

Nous avons précédemment repoussé l'idée émise par quelques-uns de faire du régime de séparation de biens le régime de droit commun. Ce régime ne serait pas facilement accepté par les 200.000 ménages qui, chaque année, se fondent sans contrat. Les protestations seraient bientôt nombreuses et énergiques. Quant aux 82.346 ménages qui, en 1898, avaient fait arrêter devant notaire leurs conventions matrimoniales, 2128 seulement avaient stipulé la séparation de biens complète, tandis que 2849 autres, attachés aux traditions des pays de dotalité, avaient stipulé le régime dotal pur avec quelques paraphernaux (1).

La séparation de biens, chez nous, a pour rôle principal de retirer au plus vite des mains du mari les biens de la femme quand ils y sont en péril. C'est une exception justifiée à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Aussi ne peut-elle résulter que d'une décision de justice prononcée en connaissance de cause.

Mais, à quoi bon les frais d'une nouvelle décision judiciaire quand la faillite du mari a été déclarée par jugement?

Une première modification consisterait à admettre, pour ce cas, une séparation de biens dérivant de plein droit de la déclaration de faillite. L'avant-projet d'un Code civil uniforme pour la Suisse propose, en ce sens, une séparation de biens *légale*, pour le cas où « les créanciers d'un époux

(1) V. *infrà*, I, n. 64 (*note*).

déclaré en faillite subissent une perte. » Cette seconde condition est-elle bien utile, tant il est rare qu'elle fasse défaut ? Il suffirait, ce semble, d'édicter le rétablissement de plein droit du régime antérieur à la séparation de biens, le jour de la mise en distribution du dividende qui compléterait le versement intégral de tout ce qui était dû aux créanciers de la faillite.

2° Le mari dissipateur ou peu rangé pourrait être privé par le tribunal du droit d'encaisser la contribution de la femme aux dépenses communes (art. 1448).

3° Il faut reconnaître que la question de la suppression de l'autorisation maritale revêt un aspect particulier en cas de séparation de biens judiciaire ou contractuelle.

* *

Sur le régime dotal, il y aurait beaucoup à dire.

Tout en respectant le principe de la liberté des conventions matrimoniales, et aussi les habitudes traditionnelles des familles qui pratiquent le régime dotal, ne conviendrait-il pas d'adoucir le régime type exposé dans le Code, sauf à examiner si les stipulations par lesquelles elles sont libres de le modifier pourraient en rétablir toute la rigueur actuelle. Le régime dotal proposé à l'adoption des époux qui trouvent commode de renvoyer au Code pour les détails, doit être le régime dotal sous sa forme la plus fréquemment consacrée aujourd'hui dans les contrats de mariage.

Bornons-nous à signaler les quelques points sur lesquels devrait, à notre avis, porter plus spécialement l'attention des réformateurs.

1° Les droits du mari sur les biens dotaux de la femme ne devraient-ils pas être dépouillés de toutes les prérogatives qui rappellent l'ancienne qualité de propriétaire de la dot ? Sous ce régime, comme sous les régimes en communauté ou de non communauté, le mari à qui la femme a abandonné l'administration et la jouissance de certains biens, doit être traité en usufruitier, non en quasi-propriétaire de la dot.

Les articles 1428 et 1549 devraient conférer au mari des droits égaux. Comprend-on, par exemple, que le mari, sous un régime organisé, dit-on, principalement en vue de la conservation de la dot, ait le droit de céder les créances dotales, droit qu'il n'aurait pas sous le régime de la communauté ? Aussi les clauses d'emploi des deniers dotaux viennent-elles fréquemment changer du tout au tout la situation.

2° Si l'inaliénabilité dotale est maintenue, n'est-elle pas, le plus souvent, tout à la fois adoucie et assouplie par la faculté d'aliéner moyennant remploi ? Il faudrait ainsi faire de l'emploi et du remploi la règle à l'égard de toutes les valeurs dotales.

3° L'imprescriptibilité devrait être mieux réglée.

4° Il en est de même de l'insaisissabilité.

5° Enfin, l'adoption du régime dotal et la constitution de biens dotaux inaliénables ne devraient pas, à moins de stipulation contraire très nette dans le contrat de mariage, exclure l'adjonction d'une société d'acquêts, stipulée aujourd'hui dans la moitié environ des contrats de mariage dont le régime dotal est la base. En un mot, la société ou communauté d'acquêts de droit commun serait maintenue à côté du régime dotal, toutes les fois qu'il n'en serait pas disposé autrement par une clause formelle du contrat de mariage.

* * *

Voici, en abrégé, les modifications en partie déjà proposées par les jurisconsultes, et qui, se complétant les unes par les autres, nous sembleraient mettre nos régimes matrimoniaux en harmonie avec les mœurs contemporaines et les habitudes des familles qui dictent, chaque jour, les contrats de mariage chez les notaires.

Nous n'avons pas la prétention d'avoir touché à tous les points principaux dans une matière aussi vaste, et dont les éléments sont si variés (1). Toutefois, nous croyons avoir

(1) C'est ainsi que la publicité du contrat de mariage organisée par la loi du 10 juillet 1850 pourrait être améliorée. V. *infrà*, I, n. 172.

montré, après beaucoup d'autres, comment, sans être bouleversés, nos régimes matrimoniaux, peuvent être améliorés dans l'intérêt général, soit des femmes mariées de la bourgeoisie, soit de la femme de l'ouvrier. Légiférer en vue d'une classe particulière de personnes serait regrettable ; et, d'ailleurs, l'application d'une telle législation se heurterait dans la pratique à des difficultés insurmontables.

* * *

Nous voudrions, avant de terminer cette très brève étude des réformes plus ou moins directement projetées ou sollicitées, mettre en évidence les avantages, plus nombreux qu'on ne le suppose, accordés aux femmes mariées par notre législation actuelle, avantages que des réformes imprudentes pourraient faire disparaître. Cet exposé rapide n'est peut-être pas inutile pour faire mieux connaître certains aspects de notre législation matrimoniale, parfois critiquée avec trop d'amertume.

1° Il est essentiel que la femme commune en biens conserve la faculté de renoncer à la communauté après sa dissolution.

On aurait beau inscrire dans la loi que les époux sont, vis-à-vis l'un de l'autre, sur un pied d'égalité parfaite, cela n'empêcherait nullement que, en fait, la femme abandonne à son mari la gestion des intérêts communs. Les législateurs de 1804, gens expérimentés, ont sagement prévu qu'il en serait parfois ainsi, même à l'égard des biens dont le contrat de mariage réserve l'administration à la femme (art. 1539, 1577 à 1580).

Dès lors, il est équitable que la femme puisse se poser en commanditaire, et ne perdre que sa mise en communauté, si cette communauté se trouve finalement en déficit.

2° C'est au même ordre d'idées qu'est dû, en faveur de la femme commune en biens, le bénéfice d'émolument, sorte de bénéfice d'inventaire simplifié, organisé par l'article 1483.

3° Les législateurs de 1804, maintenant une tradition ancienne, sont allés plus loin encore dans l'article 1514. Ce

texte accorde à la femme la faculté, — on en comprendrait la suppression, — de stipuler pour le cas de renonciation la reprise de son apport. Bien qu'elle ait été associée, elle peut se réserver la faveur exorbitante de se transformer en créancière de sa mise en société (1).

4° Le droit de provoquer, au moyen de la séparation de biens, la dissolution anticipée de la communauté, est encore un avantage octroyé à la femme en même temps qu'il est une mesure destinée à sauver la dot, si elle est en péril aux mains du mari.

5° En cas d'insuffisance des biens communs pour acquitter les indemnités dues par la communauté à l'un ou à l'autre époux, la femme est payée par préférence à son mari (art. 1471, 1472).

Le mari est le débiteur subsidiaire des reprises de l'épouse non intégralement remboursée par la communauté, tandis qu'il n'a aucun recours contre la femme, si, après paiement de celle-ci, la communauté ne peut le désintéresser.

6° C'est au mari à faire inventorier, durant le mariage, les valeurs mobilières qui échoient à la femme par succession ou autrement, et qui resteront la propriété de celle-ci (art. 1504). C'est à lui qu'il est prescrit de faire constater, à l'aide de l'inventaire, la base de la répartition des charges qui peuvent résulter de ces acquisitions (art. 1415). Or, à défaut d'inventaire, la femme peut, seule, recourir à la preuve par témoins, et même à la preuve si dangereuse de la commune renommée.

La plupart de ces avantages légaux conférés à l'épouse, si l'on en excepte les trois premiers, lui profitent, d'ailleurs, sous les régimes autres que la communauté.

Ainsi la séparation de biens judiciaire est admise sous le régime dotal (art. 1563) et en cas de non communauté.

L'article 1450 nous montre le mari, même au cas de séparation de biens, rendu responsable du défaut d'emploi des deniers de la femme, par cela seul qu'il était présent à la vente qui les a procurés.

(1) Pothier. *Communauté*, n. 379 et *Introd. au tit. X Cout. d'Orléans*, n. 68.

7° Sous tous les régimes, le législateur accorde à la femme une hypothèque légale sur les immeubles de son mari pour le recouvrement de sa dot et de toutes les sommes ou indemnités dont ce dernier est responsable envers elle, et, on vient de le voir, avec quelle facilité !

8° L'inaliénabilité dotale qui, d'après la jurisprudence est une aggravation conventionnelle de l'incapacité légale de la femme, mais qui, en même temps, constitue une des plus énergiques garanties de conservation de la dot, devrait disparaître aussi, le jour où serait proclamée l'égalité absolue du mari et de l'épouse (1).

9° Nous ne mentionnerons que pour mémoire l'indemnité de deuil due à la veuve sous tous les régimes (art. 1481 et 1570), ainsi que le droit au logement et à la nourriture réglés diversement par les articles 1570 et 1465.

Les partisans de l'égalité complète des époux veulent-ils dépouiller la femme mariée de tous ces privilèges ?

* * *

Parmi les privilèges actuellement reconnus à la femme, il en est un, dont nous avons, à dessein, omis de parler jusqu'à ce moment ; car il se rattache encore plus directement que les autres à la traditionnelle prépondérance légale du mari dans le ménage. Ce privilège consiste en ce que, pour les dépenses courantes, les poursuites des fournisseurs non payés ne peuvent être dirigées que contre le mari. La femme n'est obligée personnellement envers les tiers que si elle a consenti à joindre son obligation à celle de son époux. Faisant d'ordinaire, elle-même, les acquisitions à crédit chez les fournisseurs, elle a simplement agi en vertu du mandat tacite du chef de famille, mandat admis dans l'ancienne jurisprudence comme sous l'empire du Code civil de 1804 (art. 1420). Mandataire, elle n'oblige que son mandant sans s'obliger elle-même.

(1) Ces deux institutions de l'hypothèque légale de la femme et de l'inaliénabilité dotale doivent leur dernier développement à l'empereur Justinien, qualifié par ses contemporains de *uxorius imperator*.

Si cette situation privilégiée de la femme est critiquée, elle ne peut l'être que dans l'intérêt du mari.

On la voit disparaître dans la plupart des projets d'importation plus ou moins complète, en France, du système des « biens réservés » au profit de l'épouse (1).

Quoi qu'il en soit, cet avantage traditionnel conféré à la femme mariée sous tous nos régimes matrimoniaux, se rattache à l'idée fondamentale que le mari est le chef de l'association conjugale. Il est seul responsable envers les tiers créanciers.

Sans doute, les dépenses communes doivent peser sur les deux époux proportionnellement à leur avoir. Mais tous nos régimes sont actuellement organisés en ce sens que les ressources du ménage sont concentrées aux mains du mari. Qu'est-ce, en effet, que la dot sous tous ces régimes selon la définition de l'article 1540, si ce n'est le bien que la femme apporte, — d'ordinaire en une sorte d'usufruit, — au mari, pour subvenir aux charges du ménage? Ainsi, la communauté usufruitière des biens propres de l'épouse (art. 1401-2°) et centralisant les gains des conjoints (art. 1498), est tenu de toutes les charges du ménage (art. 1409-5°). Même sous le régime de la séparation de biens contractuelle ou de la paraphernalité (art. 1537 et 1575), la femme verse, aux mains du mari, sa contribution à ces charges. Le Code civil de 1804 maintient ce principe jusque dans le cas de séparation de biens judiciaire, — au moins si l'on prend l'article 1448 à la lettre, — malgré l'insolvabilité du mari.

La femme contribue donc aux charges du ménage dans la mesure où elle le peut faire ; mais, si elle ne s'est point obligée personnellement, elle est soustraite aux poursuites des fournisseurs. Son mari seul y est exposé.

En ce moment, nous nous gardons d'apprécier, nous constatons l'état présent de notre législation sur ce point capital. Nous comprenons qu'on y touche ; mais il ne faudra le faire, semble-t-il bien, qu'avec une grande discrétion, en

(1) V. le projet de loi voté par la commission de la Société d'Études législatives, article 3, et en rapprocher les projets de MM. Cauwès, Morizot-Thibault, Saleilles. (*Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1901-1902, I, p. 55, 203, s.)

prenant garde aux répercussions qu'il sera indispensable de prévoir et de régler.

Il faut se rendre compte, par avance, de la situation nouvelle qu'on essaie de créer au profit de l'épouse. La qualité en laquelle elle agit est beaucoup plus aisée à modifier en droit, qu'elle n'est facile à transformer en fait. La femme usera-t-elle du droit, qu'il faudra bien apparemment lui reconnaître, de se faire remettre par le mari des sommes suffisantes prises sur les gains provenus du travail de ce dernier, et sur les revenus de ses biens s'il en a, pour acquitter les dépenses courantes de la famille? Qu'il faille répondre oui à cette question dans bien des cas : soit ! Mais l'épouse n'en sera pas moins exposée à être poursuivie sur ses biens personnels et sur ses économies par les fournisseurs chez lesquels elle aura fait des achats à crédit.

Est-il bien sûr que ce soit là une excellente façon d'améliorer la condition civile de la femme mariée ?

Le créancier du prix de fournitures n'aura-t-il d'action que contre elle, ou devra-t-il traiter le mari et la femme comme deux codébiteurs conjoints ?

On a aussi proposé de décider « que la femme, dans ses fonctions domestiques, oblige le mari à titre principal, ne s'engageant elle-même qu'à titre accessoire... » Ce système, emprunté au Code civil espagnol (art. 1362) supposerait, le maintien du droit de surveillance du mari sur les actes de la femme (1).

De son côté, la commission de la Société d'Études législatives, dans l'article 3 de son projet de loi, pose en principe que: « Les biens dont l'administration est réservée à la femme peuvent être saisis par ses créanciers. Ils peuvent l'être également par les créanciers qui ont contracté avec le mari pour les besoins du ménage, lorsque, d'après le régime adopté, ces biens auraient dû être à la disposition du mari (2). » Ce système ne serait-il pas le meilleur ? Cepen-

(1) Chéron. *Étude sur l'adage Uxor non est proprie socia* (Th. 1901) p. 380 et 358, s.

(2) V. *Bulletin Société d'Études législatives*, 1901-1902, I, p. 464.

dant la question des recours et des récompenses se pose ici dans toute son ampleur. Si le droit à la récompense est admis : sur quelles bases l'établir? S'il ne l'est pas : laissera-t-on le fardeau de la dette peser sur celui des époux qu'il aura plu aux créanciers de choisir ? Dans le cas où il existerait une communauté entre les époux et qu'elle serait acceptée par la femme ou ses héritiers, les biens réservés à celle-ci devant rentrer dans le fonds commun, il semble logique de laisser toutes les dettes de fournitures à la charge de la communauté. Mais supposons une renonciation; la femme prélevant alors ses biens à elle réservés, c'est-à-dire des économies d'autant plus importantes qu'elle aura moins payé, serait-il juste qu'elle rejetât sur la communauté la portion de passif qu'elle aurait dû acquitter ?

Il serait trop long de discuter ici ces questions.

Ces quelques citations suffiront, sans doute, pour faire entrevoir la gravité du problème que nos législateurs auront à résoudre sur ce point.

* * *

Certes ! le législateur doit protéger la femme de l'ouvrier et du modeste employé; il doit protéger le ménage lui-même contre plusieurs dangers déjà signalés.

Que l'on supprime l'omnipotence du mari sur les biens communs. Les articles 1421 et suivants ne concordent plus avec nos mœurs. Le mari ne doit avoir, en règle générale, que les pouvoirs d'un administrateur ordinaire.

Dès qu'il s'agit d'actes d'aliénation à titre onéreux ou à titre gratuit, le principe de l'égalité des époux doit s'affirmer d'une manière pratique et efficace (1).

Mais, là n'est pas tout. Il faut essayer de protéger spécialement les modestes ménages, tant contre les prodigalités du mari, que contre les gaspillages de la femme dans les cas, — relativement rares — où ils se produisent.

(1) C'est ainsi déjà que, d'après le projet de loi que vient de déposer le gouvernement pour l'introduction du *Homesteadt* en France, il serait admis que la maison ou domaine déclaré insaisissable ne pourrait être aliéné par le mari qu'avec le consentement de la femme.

Si l'alcoolisme du mari est la plaie dans un trop grand nombre de ménages, — c'est un mal contre lequel le législateur civil est singulièrement impuissant, — les achats imprudents ou excessifs de la femme sont aussi, parfois, la principale cause de la gêne à la maison.

Seules, les mœurs peuvent rendre l'épouse laborieuse, vigilante et économe. Ces qualités ne se décrètent pas plus que la sobriété et la bonne conduite chez le mari. Tout au plus, serait-il possible d'ériger en délit l'abandon de la famille (1).

Peut-être, aussi, des lois particulières devraient-elles réprimer, avec une sévérité toute spéciale, certains abus criants qui se produisent, trop souvent hélas ! aux dépens des ménages les moins aisés. Il faut se garder, sans doute, de porter atteinte à la liberté du commerce. Et puis, les achats d'une famille qui se fonde ne peuvent pas toujours être acquittés au comptant, ou dans un très bref délai. Le paiement au moyen de mensualités est alors, de prime abord, fort séduisant. Mais, en réalité, il cache trop fréquemment des majorations exorbitantes (2). Le législateur ne devrait-il pas interdire certaines stipulations et étendre à ces contrats, jusqu'à un certain point, les lois qui punissent le délit d'usure ?

Une loi du 12 mars 1900, (3) reconnue insuffisante d'ailleurs en pratique, a dû être portée dans un but analogue. Elle

(1) V. note de M. Charmont dans le *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1901-1902, I, p. 76 s.

(2) N'est-elle pas suggestive cette chanson de la femme du mineur : « Je te laisserai acheter pour que tu t'en pares chaque dimanche, des chemises blanches des cravates voyantes, une redingote et un chapeau haut de forme, à condition toutefois que tu me commandes, d'abord, de belles robes, des chapeaux à grandes plumes, une commode très haute et un grand lit avec ses rideaux, que les maisons d'abonnement livrent immédiatement, *à crédit, aux prix les plus exorbitants.* » Lucien Leroy, *Illustration* du 4 février 1902, p. 107, article intitulé : « Chez les mineurs ». Il s'agit des mines de Lens. (Lire cette chanson reproduite, *in extenso*, dans le *Bulletin de la Société d'Études législatives* 1901-1902, I, p. 52, 53).

(3) Loi ayant pour objet de réprimer les abus commis en matière de vente à crédit des valeurs de Bourse. Consulter les articles 2 et 3. *Journ. officiel* du 18 mars 1900, p. 1653.

s'est proposé de protéger les moins fortunés, les plus économes et les moins expérimentés contre les sollicitations qui tendent à leur faire acquérir, également à l'aide de mensualités, des obligations à lots. Ici, outre l'exagération du prix total en cas de paiement régulier de la somme exigible chaque mois, se rencontre, d'ordinaire, une clause rigoureuse de déchéance de plein droit, à défaut du paiement d'un petit nombre d'échéances, — au cœur de l'hiver, en plein chômage, — *les sommes déjà versées restant acquises en totalité à titre de dommages et intérêts au vendeur,* à l'ordinaire peu scrupuleux.

Sur ces divers points des lois spéciales peuvent suffire.

* * *

Quant à espérer que les innovations projetées pour remédier à l'ensemble des abus de l'autorité maritale, les feront disparaître : gardons-nous de confondre le droit avec le fait. Retranchons de la loi les droits exorbitants que les articles 1421 et suivants, par exemple, reconnaissent actuellement au mari. Que celui-ci du moins, ne puisse pas vendre et faire enlever, malgré la femme, les meubles indispensables au ménage. Mais, hélas ! que d'alcooliques, même après la séparation de biens, continueront à abuser de la force brutale pour extorquer à leur femme le peu d'argent qu'elle peut avoir pour acheter du pain. La séparation de corps, le divorce même, s'il faut en croire certains faits rapportés par les journaux, sont-ils toujours pour la femme une protection absolue ?

J. Le Courtois et F. Surville.

Poitiers, 25 *février* 1905.

DU CONTRAT DE MARIAGE

ET DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX

(Livre III, titre V du Code civil, art. 1387-1581).

INTRODUCTION

1. Après avoir tracé les règles générales des obligations (titres III et IV, art. 1101-1386) et des contrats qui en sont la source principale (titre III, *passim*), le législateur va fixer les règles particulières aux contrats les plus usuels. Il place au premier rang le contrat de mariage qui doit faire l'objet de cet ouvrage. Il lui consacre près de deux cents articles (art. 1387-1581). Si on en rapproche les cinq ou six cents textes se référant à une douzaine d'autres contrats (vente, échange, louage, société, prêt, dépôt, etc...), on est porté à se demander pourquoi le législateur réglemente ainsi en détail les contrats les plus usités dans la pratique.

Il y en a plusieurs raisons.

2. Le principe fondamental en matière de conventions est celui de la liberté (art. 6 et 1134). Mais, parfois, il devient nécessaire d'en restreindre la portée (art. 2129 al. 2 et 943, rapp. de l'art. 1130) ou de l'étendre (art. 1526 et 1837). La loi songe, à diverses reprises, à protéger la liberté des contractants et à remédier à leurs imprudences (art. 1674, 1865, 1907 et les lois limitatives du taux de l'intérêt; art. 2013, 2078, 2088). Pour certains contrats, le législateur se montre plus défiant encore qu'il ne l'est d'ordinaire contre la preuve testimoniale et les présomptions de fait (art. 1715, 2044 al. 2, 2074 al. 1er, 2085). Par exception, et très rarement, il

subordonne l'existence du contrat à la solennité de la rédaction d'un acte authentique. Sans omettre l'article 165 qui régit la célébration du mariage, ni l'article 353 sur le contrat d'adoption, nous citerons les articles 931, 1394 et 2127. Quelques règles spéciales, impératives ou prohibitives, étaient donc nécessaires à poser pour chaque contrat.

3. D'autre part, il est des contrats qui intéressent les tiers au point que le législateur les a soumis à une certaine publicité. Le contrat de mariage nous en fournira un exemple original (1).

4. Mais ces règles de forme, ces rares extensions ou restrictions de la liberté de contracter n'ont motivé qu'un assez petit nombre des sept ou huit cents articles où sont exposées par le Code civil les règles particulières aux divers contrats. A part quelques applications plus ou moins délicates du droit général des contrats et obligations, il est aisé de constater que la plupart des textes ne renferment qu'une interprétation présumée de la volonté des contractants. C'est que, en effet, ceux-ci ne songent guère à régler toutes les conséquences de leurs conventions. Le voudraient-ils que, faute de prévoyance ou d'expérience, ils n'y parviendraient pas. Il est donc naturel qu'en présence d'un contrat usité depuis des siècles, il vienne à l'esprit du législateur d'inscrire d'office dans la loi elle-même les clauses que les juges ont dû maintes fois suppléer et que les parties auraient, sans doute, rarement pris la peine de formuler clairement. La loi aide le plus qu'elle peut le juge à dégager les solutions que les usages et l'équité recommandent à défaut de stipulations expresses (art. 1135).

Nulle part, cette préoccupation n'est aussi accentuée que dans le titre V du livre III où nous trouvons des projets très complets de contrats de mariage proposés à l'acceptation des futurs conjoints. L'expérience a prouvé que le législateur n'avait pas, à cet égard, fait une œuvre inutile.

5. Le titre du contrat de mariage n'a subi, depuis son insertion au Code civil de 1804, que des modifications de

(1) V. *infrà*, I, n. 164 s.

détail telles que celles qui résultent de l'abolition de la mort civile, de la disparition et du rétablissement du divorce, de la suppression de l'incapacité de la femme mariée séparée de corps, et d'un certain nombre de lois plus spéciales.

Voici d'ailleurs la liste des principales innovations :

1° Le divorce, aboli par la loi du 8 mai 1816, a été rétabli par la loi du 27 juillet 1884. Cette loi a été, elle-même, complétée par celle du 18 avril 1886 sur la procédure du divorce et par celle du 6 février 1893, qui modifie surtout les effets de la séparation de corps ;

2° Les articles 65 à 70 du Code de commerce et la loi du 10 juillet 1850 ont organisé la publicité des contrats de mariage ;

3° Les articles 557 à 564 du Code de commerce, revisés en 1838, ont restreint les droits de la femme en cas de faillite du mari ;

4° La loi du 31 mai 1854 a aboli la mort civile ;

5° Les lois des 2 juillet 1862 (art. 46), 16 septembre 1871 (art. 29), 11 juin 1878 (art. 3), 27 avril 1883 (art. 3), 17 janvier 1894 (art. 3), et 9 juin 1902 (art. 3 *in fine*) ont favorisé les emplois et remplois en rentes sur l'État ;

6° La loi du 14 juillet 1866 a réglé les droits des héritiers et ayants cause des auteurs et fait une part honorable au conjoint survivant.

On en peut rapprocher, d'une part, la loi des 25-28 mars 1873 qui règle la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie (art. 11 s.), et, d'autre part, la loi du 9 mars 1891 modificative de l'article 767 du Code civil ;

7° Les lois du 9 avril 1881, sur les caisses d'épargne postales (art. 6 al. 6), et du 20 juillet 1895, sur les caisses d'épargne ordinaires (art. 16 al. 4), facilitent les dépôts et les retraits de sommes de la part des femmes mariées ;

8° La loi du 20 juillet 1886, sur la caisse des retraites pour la vieillesse, — caisse créée par la loi du 18 juin 1850, — contient (art. 13) un ensemble encore plus important de dispositions de même ordre. On en peut rapprocher les lois du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels (art. 3

et 12), et du 3 février 1902 sur les sociétés de prévoyance (art. 3).

9° La loi du 17 août 1897 a ajouté une disposition finale à l'article 76 du Code civil (1).

10° La loi du 7 avril 1900 a abaissé le taux de l'intérêt légal.

6. Le mariage associe deux existences. Mais la société de personnes qu'il établit ne va pas sans une société d'intérêts. En effet, le mariage fait naître des charges communes aux deux conjoints. Une famille nouvelle se fonde, il faut régler son budget, l'alimenter, pourvoir à l'entretien des époux, à l'entretien et à l'éducation des enfants, déterminer comment et dans quelle mesure chaque époux contribuera à ces charges.

Il importe également de ménager aux époux ou à leurs héritiers les moyens de reprendre, à la dissolution du mariage ou en cas de séparation, les biens qu'ils ont entendu se réserver ou réserver à leurs familles, et de parer aux dangers de cette sorte de confusion de fait qui, surtout à l'égard des meubles, se produit aisément durant la vie commune des époux.

Enfin, bien qu'il ait, en principe, réglé d'une manière uniforme et dans un intérêt d'ordre public l'incapacité de la femme mariée (art. 215 à 226), le législateur, sous l'influence irrésistible des traditions romaines perpétuées dans le midi de la France, a dû permettre la stipulation de l'inaliénabilité dotale qui aggrave singulièrement cette incapacité.

Pour cette raison et d'autres encore que nous aurons bientôt l'occasion de signaler (2), de nombreux tiers, créanciers hypothécaires ou même chirographaires, tiers acquéreurs, auront intérêt à connaître les conventions matrimoniales. Ainsi s'expliquent certaines règles spéciales, telles que l'immutabilité (fondée sur plusieurs autres motifs) et surtout la publicité des contrats de mariage.

7. Au XVIII^e siècle, Pothier a traité *Du mariage* sous le titre de *Contrat de mariage*. Mais il reconnaît lui-même

(1) V. *infra*, I, n. 171.
(2) V. *infra*, I, n. 164 s.

que ce langage est équivoque. C'est donc à bon droit que l'usage et la loi ont réservé le terme « *Contrat de mariage* » pour désigner l'ensemble des conventions que les futurs époux font, en vue de régler, quant aux biens, leur association conjugale, ou, si l'on veut, en vue du règlement de leurs intérêts pécuniaires pendant le mariage et à sa dissolution (1).

8. Le contrat pécuniaire de mariage est accessoire au contrat qui unit les époux. On ne conçoit pas de conventions matrimoniales sans mariage. Il suit de là que le contrat de mariage est caduc, si le mariage en vue duquel il est fait n'est pas célébré.

Est-ce à dire que cette célébration soit une véritable condition suspensive qui, rétroagissant, ferait produire au contrat de mariage tous ses effets légaux à compter du jour où il a été passé devant notaire ? Malgré certains arrêts rendus en ce sens, il y a là une question très douteuse, que nous aurons bientôt l'occasion de traiter (2).

En principe, l'annulation du mariage semble devoir produire au regard des conventions matrimoniales la même conséquence que sa non-célébration et en entraîner rétroactivement la nullité. Le mariage annulé est, en effet, censé n'avoir jamais existé : il doit donc en être ainsi du contrat de mariage ; l'accessoire ne peut pas vivre, alors que le principal a disparu même dans le passé.

N'oublions pas, toutefois, que le mariage annulé peut, en raison de la bonne foi des deux époux ou de l'un d'eux, subsister dans le passé à titre de mariage putatif (art. 201, 202). Dans cette hypothèse, le contrat de mariage sera également maintenu. Tout se passera comme si le mariage avait été seulement dissous au jour de son annulation.

Avons-nous besoin de dire que, en sens inverse, l'annula-

(1) V. et cpr. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, VI, n. 2 et 2 *bis* ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e édit., V. p. 229, § 501 ; Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, I, n. 1. Planiol. III, 2e édit. n° 776. — Répertoire général Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 1, 2 et 3.

(2) V. *infra*, I, n. 193 s. Cpr. *infra*, III, n. 1676.

tion du contrat de mariage est sans influence sur la validité du mariage ? Il est évident que le principal ne dépend pas de l'accessoire.

Les époux dont le contrat de mariage est seul annulé, se trouvent dans la même situation que s'ils s'étaient mariés sans contrat. C'est la communauté légale, régime de droit commun, qui règle leurs rapports pécuniaires. Telle est, du moins, la thèse que nous défendrons quand nous étudierons les conséquences légales des nullités du contrat de mariage (1).

9. La carrière que nous devons parcourir dans ce traité est vaste ; mais la voie se trouve nettement tracée par le législateur.

Après avoir essayé de préciser les principes généraux qui régissent tout contrat de mariage, nous étudierons successivement les règles particulières à chacun des régimes matrimoniaux que nous ont légués tant les pays coutumiers ou pays de communauté, que les pays de droit écrit ou de dotalité.

Ce traité se divisera donc en trois parties :

Première partie. — Dispositions générales.

Deuxième partie. — Du régime en communauté ou des régimes usités dans les pays de communauté.

Troisième partie. — Du régime dotal ou des régimes usités dans les pays de droit écrit.

Mais, tout en suivant ainsi dans ses grandes lignes le plan adopté par le législateur nous avons cru devoir le modifier sur plus d'un point dans les subdivisions, ainsi qu'on va s'en rendre compte à l'instant à l'égard des Dispositions générales qui forment la première partie (2).

Le plan des deux autres parties se trouve précisé en tête de la seconde (3). On y verra qu'elles comportent l'étude successive des quatre principaux régimes matrimoniaux dont voici l'énumération :

La communauté légale et ses diverses modifications;

(1) V. *infra*, I, n. 204 s.
(2) V. *infra*, I, n. 10.
(3) V. *infra*, I, n. 245.

Le régime exclusif de communauté;

La séparation de biens contractuelle et la séparation de biens judiciaire en tant qu'elle crée un régime nouveau;

Enfin le régime dotal et les nombreuses modifications dont il est susceptible.

Les Tomes I[er] et II[e] seront tout entiers consacrés à la communauté légale ou conventionnelle.

Le Tome III[e] suffira pour l'étude des trois autres régimes.

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

10. Les règles indépendantes des régimes matrimoniaux peuvent être groupées sous huit chapitres:

Chapitre premier. — Des conventions que la loi permet ou défend d'insérer dans les contrats de mariage (art. 1387 à 1390).

Chapitre II. — Idée générale et origine historique des divers régimes matrimoniaux. — Régime de droit commun (art. 1391 à 1393). — Aperçu de législation comparé eprincipalement sur le régime légal admis dans les États étrangers. — Conflits de législations et leurs solutions.

Chapitre III. — De la forme du contrat de mariage (art. 1394). — Des frais qu'il entraîne.

Chapitre IV. — De l'époque à laquelle doivent être rédigées les conventions matrimoniales (art. 1394). — De leur immutabilité (art. 1395). — Des contre-lettres (art. 1396-1397).

Chapitre V. — De la capacité requise chez les futurs époux pour le règlement de leurs conventions matrimoniales (art. 1398).

Chapitre VI. — De la publicité du contrat de mariage (L. 10 juillet 1850).

Chapitre VII. — De l'effet des contrats de mariage valables. — De la caducité et de la nullité du contrat de mariage.

Chapitre VIII. — Théorie générale de la dot.

Cette théorie générale de la dot est déduite de divers textes, presque tous épars dans le titre du contrat de mariage; car nous nous sommes bien gardés, malgré le prétexte que l'article 1398, notamment, aurait pu fournir, de comprendre dans notre plan : soit les donations faites en faveur du

mariage et par contrat de mariage, régies par les articles 1081 à 1093, soit la quotité disponible entre époux.

Nous n'avons pas cru davantage devoir exposer diverses autres théories qui, pourtant, se rattachent, d'une façon encore plus directe, au règlement des intérêts pécuniaires entre époux, telles que :

1° La théorie générale de l'incapacité de la femme mariée (art. 215 à 226) ;

2° Celle des donations entre époux (art. 1096 et s.), et celle des contrats à titre onéreux entre époux (art. 1595) ;

3° Celle des garanties de restitution de la dot, spécialement de l'hypothèque légale de la femme mariée et des conventions auxquelles elle peut donner lieu (art. 1572, 2021, 2135 à 2145; L. du 23 mars 1855, art. 9 modifié par la loi du 13 février 1889) ;

Aussi bien ces divers sujets sont-ils exposés par nos collègues dans d'autres parties de cet ensemble de traités sur le Droit civil français.

CHAPITRE PREMIER

DES CONVENTIONS QUE LA LOI PERMET OU DÉFEND D'INSÉRER DANS LES CONTRATS DE MARIAGE.

11. Le législateur a écrit, en tête de notre titre, le principe de *la liberté des conventions matrimoniales* (art. 1387). Les futurs époux ont donc la plus grande latitude pour le règlement de leur charte conjugale. Rien n'est plus juste. En effet, les préoccupations pécuniaires jouent parfois un rôle important dans la conclusion des mariages, et si elle eût gêné la liberté des contractants dans le règlement du budget de la famille qui se fonde, la loi aurait risqué d'entraver bon nombre de mariages au détriment de la société. La faveur qui s'attache au mariage devait logiquement conduire nos législateurs à faire, à notre point de vue, une très large appli-

cation du principe moderne de la liberté des conventions (art. 6 et 1134).

12. Ces considérations sont si puissantes que nous ne devons point être surpris de voir la plupart des législations contemporaines adopter, à l'exemple du droit français, le principe de liberté en le tempérant plus ou moins. Très rares sont les pays dans lesquels la loi n'organise qu'un seul régime matrimonial et le déclare obligatoire (1).

13. Si essentielle qu'elle paraisse aujourd'hui, cette liberté des conventions matrimoniales n'a pas toujours été admise. Elle était inconnue dans le droit primitif de l'ancienne France. Ce n'est pas à dire sans doute qu'à cette époque il n'y eût pas de conventions matrimoniales. Celles-ci, en effet, pouvaient intervenir pour réglementer par exemple le douaire, les renonciations à succession future, etc. Mais, pendant longtemps, en pays de coutume, le régime des biens entre époux fut forcément celui de la communauté, de même que le régime dotal venu du droit romain était le seul régime des pays de droit écrit. Il y avait d'ailleurs subi des modifications profondes dues à la jurisprudence des Parlements.

La coexistence de ces deux régimes en France devait naturellement conduire à une transaction dont le résultat définitif a été l'essor du principe de la liberté des conventions matrimoniales (2).

Dans les pays coutumiers ou pays de communauté, la

(1) Il en est ainsi notamment dans plusieurs cantons de la Suisse. — V. Lardy, *Les législations civiles des cantons suisses, en matière de tutelle, de régime matrimonial*, etc., *passim*. L'avant-projet du Code civil répudie ces errements et pose le principe de la liberté des conventions matrimoniales. (V. Mentha, *Bull. de la Société de législ. comp.* 1900-01, p. 375). — Sans être aussi restrictives, d'autres législations renferment des dispositions aux termes desquelles certains régimes sont prohibés. C'est ainsi que le Code civil d'Italie, dans son art. 1433, défend entre époux toute communauté de biens, autre que celle des acquêts. — Rapp. Paris, 26 janv. 1897, *Gaz. Pal.*, n° du 10 fév. 1897. — Surville, *Rev. crit.*, 1898, p. 274 s. (Examen doctrinal).

(2) D'autres causes durent également conduire à ce résultat : c'était le besoin d'amener l'équilibre dans les fortunes des époux ; c'était encore et surtout la liberté si grande laissée à la jurisprudence et à la doctrine de pouvoir créer une théorie, à cette époque où la législation n'était pas fixe et arrêtée dans des textes législatifs.

séparation de biens conventionnelle nous est déjà signalée au XIV^e^ siècle par les *Décisions* de Jean des Mares (1), et au XVI^e^ siècle, alors que le droit coutumier a atteint tout son développement, le principe de la liberté est largement admis (2), si ce n'est en Normandie.

Le droit matrimonial de cette province, — droit qui a une physionomie spéciale, — restreint gravement la liberté des conventions. Cependant, nous dit Flaust, il y a des dispositions dans la coutume auxquelles on peut déroger par les contrats de mariage (3). On peut stipuler au profit de la femme une part dans les meubles et dans les acquêts moins forte que celle que lui donne la coutume ; on peut même convenir d'un douaire moins élevé. Il est possible également de retrancher du droit de viduité qui est accordé au mari. Ce n'est qu'autant qu'on voudrait étendre les avantages fixés par la coutume qu'il est alors défendu d'y déroger (4). Ainsi s'explique l'art. 389 de la coutume normande, cité comme renfermant une prohibition absolue de la communauté entre époux, mais qui, plus exactement, se résume dans la défense d'augmenter par contrat les droits qui appartiennent aux femmes sur les conquêts d'après la coutume. En Normandie, la crainte des donations déguisées entre époux, et d'une atteinte à l'omnipotence du mari

(1) Décision 129. Les décisions de Jean des Mares sont rapportées à la fin du t. II de la coutume de Paris de Brodeau (éd. 1669). Cpr Viltard. *Essai d'historique de la Séparation de biens judiciaire* (Th. 1905, p. 94 et s.).

(2) Cujas, sur le titre 29 du livre IV au Code, écrit que : « *Moribus Galliæ receptum est in plerisque locis, ut vir et uxor sint socii bonorum in matrimonio quæsitorum* nisi aliud inter eos convenerit : *nam certum est huic juri* conventione posse derogari ». — V. également Ragueau, *Les coutumes générales des pays et duché du Berry* (éd. 1615), p. 266 ; notes sur l'art. 8 du titre VIII desdites coutumes ; Roussilhe, *Traité de la dot* (éd. Sacase), 1856, n. 58, p. 37 et n. 66 à 70, p. 47 s. V. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, p. 1709, s. et les références.

(3) Flaust. *Explication de la coutume et de la jurisprudence de Normandie* (éd. 1781), I, p. 339.

(4) Nous lisons dans l'art. 330 de la coutume que : « Quelque accord ou convenant qui ait été fait par contrat de mariage et en faveur d'icelui, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts faits par le mari que ce qui leur appartient par la coutume, à laquelle les contractants ne peuvent déroger ». — Cpr. Basnage. *Œuvres* (éd. 1778), II, p. 79, sur l'art. 389.

l'avait donc emporté sur le principe de la liberté des conventions.

Cette règle avait, au contraire, triomphé presque partout ailleurs (1). En même temps, avait surgi une idée nouvelle pour expliquer la communauté légale: c'est qu'elle est le résultat d'une convention tacite puisqu'elle n'est plus imposée (2).

14. En adoptant dans l'article 1387 le principe de la liberté comme règle fondamentale, les rédacteurs de notre code civil ont su concilier tout à la fois l'unité de la législation et le respect des traditions locales fondées sur la diversité des coutumes.

Le champ ainsi laissé libre à l'expression de la volonté est même plus étendu que celui dans lequel il lui est permis de se mouvoir à l'occasion des autres conventions. Comme le disait Lebrun, la faveur des mariages fait admettre des clauses exceptionnelles (3). Ainsi les donations de biens à venir et les donations sous condition potestative de la part du donateur sont permises par dérogation au droit commun. (V. les art. 947, 1082-1086, 1093, 1096-1097). La prohibition de mettre en société la pleine propriété des biens à venir, écrite dans l'article 1837, est laissée de côté. Les règles de capacité formulées dans les articles 903 et 904 sont largement atténuées (V. les art. 1095 et 1398. Cpr. l'art. 511). Par la stipulation du régime dotal, les époux peuvent indirectement restreindre la capacité de la femme à l'égard de ses biens dotaux (4). Voilà tout autant d'exemples de la faveur manifeste du législateur pour le contrat de mariage.

Cependant, sous peine de voir dégénérer en licence cette

(1) V. Lebrun, *Tr. de la comm.* (éd. 1754), p. 29, liv. I, chap. III, n. 1 et 3. — Valin, *Nouv. comment. sur la cout. de la Rochelle* (édit. 1768), p. 688; Pothier, *Tr. de la comm.* (édit. Bugnet), Introduction, n. 1 s.

(2) Molinæri *Opera* (édit. 1681), III, p. 554, *Comm. in* l. 1, liv. I, tit. I, code de Justinien, *Conclusiones de statutis.* — *Contra* d'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges, seu consuetudines generales antiquissimi Ducatus Britanniæ* (édit. 1628), p. 684, 690, art. 218, glose 6, n. 33, 35.

(3) Lebrun, *op. cit.*, liv. I, ch. III, n. 3. — V. également *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 51.

(4) V. *infra*, III, n. 1654 s.

liberté de la volonté des parties, il était nécessaire d'en tracer les limites et d'y apporter certaines restrictions. Elles sont indiquées dans les articles 1387 *in fine* à 1390.

15. Pour mieux saisir la pensée du législateur, et en prenant comme point de départ la disposition finale qui, dans l'article 1387, répudie les conventions contraires aux bonnes mœurs, on serait tenté de rechercher successivement, d'une part, quelles conventions lui paraissent s'attaquer aux bonnes mœurs, et, d'autre part, quelles sont celles qui lui semblent porter atteinte à l'ordre public. L'utilité d'une semblable division nous paraît contestable.

On peut observer, en effet, que, nulle part, la loi n'a jugé utile d'insister pour déterminer les clauses contraires à la morale, en les séparant de celles qui lèsent l'ordre public (V. les art. 900, 1133). Ce qui est immoral est aisément jugé tel. D'ailleurs tout ce qui est contraire aux bonnes mœurs fait par cela même échec à l'ordre public.

Au contraire, les violations de l'ordre public, en tant qu'elles ne confinent point à la morale, ne sont pas, toutes, aussi indiscutables, et le législateur a été conduit à les signaler plus en détail.

Quoi qu'il en soit et sans exagérer une distinction qui nous semble peu utile en droit, entre la morale et l'ordre public, on peut rattacher à quatre chefs les prohibitions établies dans les articles 1388 à 1390.

Ces textes interdisent d'insérer, dans les contrats de mariage, des clauses qui auraient pour résultat :

1° De déroger aux lois qui règlent les rapports de famille (art. 1388) ;

2° De modifier l'ordre légal des successions (art. 1389) ;

3° De renvoyer d'une manière générale aux anciens statuts, lois et coutumes (art. 1390) ;

4° De contrarier les autres règles impératives ou prohibitives éparses dans le code (art. 1388 *in fine*).

§ I. *Défense de déroger aux lois qui règlent les rapports de famille.*

16. L'article 1388, — en mettant à part le renvoi final qu'il contient, — indique une série de dispositions qui peuvent se résumer par cette règle, à savoir qu'il est interdit, par contrat de mariage, de déroger aux lois qui réglementent dans la famille les rapports juridiques de ses divers membres ou à celles qui en gouvernent l'organisation.

Présentons des applications de cette idée générale.

17. Il est évident, d'abord, que serait frappée d'inanité toute clause apportant un changement quelconque à la législation sur la célébration du mariage, ses modes de preuve, les obligations qu'il entraîne ; toute clause qui tendrait au relâchement ou à la suppression des devoirs de fidélité, secours, assistance, de l'obligation pour le mari de recevoir la femme. Il ne serait pas davantage permis de modifier par la convention les causes de dissolution du mariage, les modes de preuve, les conséquences légales de la paternité ou de la maternité. Les causes, formalités ou effets juridiques de la séparation de corps, se placent aussi sans conteste en dehors du cercle où peut se mouvoir le libre exercice de la volonté (1).

Les séparations amiables sont nulles, ainsi que les traités qui les accompagnent (2). Il est bien clair encore qu'une stipulation comme celle que prévoit Marcadé, et qui aurait pour objet le droit à l'inconduite, n'aurait aucune efficacité ni valeur (3).

Le législateur n'a même pas pris la peine, tant cela va de soi, de prévoir et prohiber par des dispositions spéciales de semblables clauses, toutes manifestement contraires à l'ordre

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 504 texte et note 18, p. 272 ; Huc, *Commentaire du code civil*, IX, n. 3 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage* n. 66.

(2) Nîmes, 9 mai 1860, S., 60. 2. 577, D., 60. 2. 219.

(3) Marcadé, *Éléments de droit civil français* (3e édit.), V, art. 1387-1389, II.

public, et dont quelques-unes sont telles qu'elles froisseraient gravement la morale. Il a cru, au contraire, utile de formuler nettement la défense de déroger aux droits qui dérivent de la puissance maritale ou de la puissance paternelle. Il entre même, à ce sujet, dans certains détails qu'il devient, dès lors, nécessaire de préciser avec quelque soin.

18. L'article 1388 soustrait à l'influence des conventions matrimoniales la puissance maritale dans les termes que voici : « *Les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la* « *puissance maritale, sur la personne de la femme... ou qui* « *appartiennent au mari comme chef...* »

Puisqu'il est défendu de faire échec aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme, il ne pourra point être convenu, dans le contrat de mariage, que la femme sera libre de ne pas habiter avec le mari (art. 214), ou que le choix, soit du domicile commun, soit de la résidence commune, sera plus ou moins subordonné à la volonté de l'épouse. Par conséquent, la femme ne saurait être valablement dispensée de suivre son mari allant se fixer à l'étranger, du moins quand elle ne peut pas invoquer de motifs sérieux de résistance (1). Cette solution doit être accueillie d'autant mieux qu'une disposition contraire inspirée par Pothier (2) a été supprimée au conseil d'État, lors de l'élaboration du code civil (3).

Le contrat de mariage serait encore impuissant à dispenser valablement la femme, soit pour tous les actes de la vie civile, soit même pour certains d'entre eux, de l'obligation qui lui incombe de solliciter l'autorisation de son mari ou de la justice. En vain conviendrait-on aussi que l'épouse sera autorisée à faire tel négoce déterminé sans qu'il soit permis au mari de révoquer cette autorisation ; il n'est pas douteux que ce droit de révocation subsisterait nonobstant la

(1) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 100 et 107. — Cpr. Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage* (2e éd.), I, n. 61.

(2) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n. 382.

(3) Locré, *La législation civile, commerciale*, etc., IV, p. 396 ; Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, IX, p. 73.

clause (1). En un mot, les stipulations qui peuvent avoir été insérées au contrat de mariage n'ont aucune influence sur la solution des questions relatives à l'autorisation maritale (2). On ne saurait objecter que l'article 223 semble admettre une dérogation à ce principe quand il décide que « *toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage,* n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme », car ce qui est tranché, dans ce texte, ce n'est pas une question d'autorisation, mais bien une question de qualité pour la femme d'administrer ses biens personnels. En d'autres termes, l'article 223, rapproché de l'article 217, signifie simplement que la femme n'a pas besoin d'autorisation pour faire des actes d'administration. Elle est capable à cet effet. Mais cette administration ne lui appartient que si elle lui a été réservée par le contrat de mariage. De même, il ne faudrait pas prendre à la lettre les mots « *autorisation pour la femme* » *de toucher ses revenus* souvent employés pour expliquer l'article 1534 et la disposition finale de l'article 1549, étant donné que ces deux textes traitent une question de jouissance de biens, ou de perception et d'emploi de revenus, mais nullement une question d'autorisation maritale (3).

Un fait assurément notable dans notre ordre d'idées est l'insistance toute particulière du législateur pour refuser au mari le pouvoir de renoncer au droit qu'il a d'autoriser les actes par lesquels la femme disposerait de ses biens, particulièrement de ses immeubles (V. les art. 223, 1449 al. 3, 1535 al. 2, 1538 al. 1er et 2, 1576 al. 2). Cette insistance

(1) Il ne nous appartient pas d'examiner ici la grave question de savoir si, en cette matière, l'autorisation de justice peut remplacer l'autorisation maritale. V. à ce sujet et comparer Bordeaux, 12 nov. 1873, S., 74.2.193. — Civ. cass., 30 janv. 1877, S., 77.1.73, D., 77.1.348. — Amiens, 26 juill. 1877, S., 77.2.265. — V. également Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial* (1885), n. 185. *Traité de droit comm.* (3e édit.), I, n. 250 ; Thaller, *Traité élém. de dr. comm.* (3e édit.), n. 166; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, p. 145, § 472 et note 31; Demolombe, *Traité du mariage*, I, n. 248 ; Laurent, *Principes de droit civil français*, III, n. 135 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 111 ; Baudry-Lacantinerie et Houcques-Fourcade, *Traité des personnes*, II, n. 2260.

(2) Civ. rej., 4 juill. 1888, S., 91.1.113, D., 89.1.357.

(3) Cpr. Guillouard, *op. cit*, I, n. 109. — V. *infra*, III, n. 1476, 1638, 1643.

s'explique historiquement. Elle tient à ce que, sur ce point, notre code a modifié la législation suivie jadis dans une certaine partie de notre ancienne France. Dans les pays de droit écrit, en effet, la femme pouvait non seulement administrer, mais aliéner ses biens paraphernaux sans autorisation maritale (1), tandis qu'il en allait tout différemment dans les pays coutumiers où la femme séparée de biens ne pouvait pas, sans cette autorisation, aliéner ses immeubles (2). Le législateur moderne entend qu'il soit bien établi qu'il a voulu consacrer la règle autrefois admise dans les pays coutumiers.

Nous ne saurions enfin passer sous silence la loi du 6 février 1893 qui a supprimé, en faveur des femmes séparées de corps, les derniers vestiges d'une puissance maritale dont l'exercice était trop souvent vexatoire. Désormais la femme séparée de corps n'a plus besoin de l'autorisation ni de son mari ni de la justice pour aucun des actes énumérés dans les articles 215 s. du code civil.

19. Le législateur, dans l'article 1388, ne se contente pas de placer en dehors du domaine des conventions l'organisation de la puissance maritale ; il déclare aussi d'ordre public « *les droits qui appartiennent au mari comme chef.* » Que faut-il entendre par là? On décide volontiers que la loi désigne ainsi les droits du mari comme chef de la communauté (3). Cette formule nous semble un peu étroite. Nous préférons dire que la loi veut prohiber toute stipulation portant atteinte

(1) Roussilhe, *op. cit.*, n. 422, p. 319.

(2) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 33.

(3) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 5 *bis*, I ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 115. Planiol, t. III°, 2e Edit, n. 800.

Pothier (*Introduction au traité de la communauté*, n. 4), semble ne parler également que des droits du mari comme chef de la communauté. Mais il ne faut pas oublier que Pothier est un jurisconsulte coutumier. Sa formule s'explique parce que, pour lui, tous les régimes matrimoniaux se résument dans la communauté, dont le régime exclusif de communauté et celui de la séparation de biens ne sont que des modifications extrêmes. Sous le titre de la communauté, Pothier traite en somme du contrat de mariage quant aux biens ; et quand il parle des droits du mari comme chef de la communauté, il entend viser les droits qui appartiennent au mari comme chef de la femme, ainsi qu'il le dit d'ailleurs lui-même.

aux pouvoirs du mari comme chef de l'association conjugale quant aux biens, quel que soit le régime matrimonial (1).

20. Si l'on prétend se rendre un compte exact de la portée pratique de notre règle sous le régime de la communauté d'abord, il faut, à notre avis, distinguer d'une part les biens communs, et, d'autre part, les biens propres de la femme.

Lorsque les époux sont mariés sous un régime de communauté, le mari, que nos anciens auteurs qualifient *seigneur et maître* de la communauté, en est toujours le chef unique. En cette qualité il administre seul les biens communs (art. 1421). Toutes les clauses qui lui enlèveraient cette administration en lui défendant, par exemple, de vendre, échanger, hypothéquer des immeubles conquêts sans l'approbation de la femme, seraient nulles comme contenant une abdication par le mari de sa qualité de chef, à laquelle la loi entend qu'on ne porte pas atteinte. Les rôles seraient en effet intervertis dès que le mari serait obligé de solliciter et d'attendre l'autorisation de sa femme.

Mais l'idée que nous venons de dégager ainsi ne fait pas obstacle à ce que le mari, sous la communauté, puisse donner à sa femme le mandat d'administrer certains ou même tous les biens communs (2). Les actes accomplis par le mandataire sont, en effet, censés émaner du mandant, de telle sorte que, dans notre hypothèse, le mari est considéré comme ayant consenti par lui-même les actes passés par la femme, son mandataire, pourvu que celle-ci se soit conformée à ses

(1) Marcadé (*op. cit.*, V. art. 1387-1389, VI, p. 411) qui fait une critique très judicieuse de la discussion existant entre Rodière et Pont (*op. cit.*, I, n. 65) et Tessier (*Traité de la dot*, I, p. 86), consacre formellement la doctrine que nous acceptons. — Cpr. Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 504, p. 266, texte et note 3; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 124 et 126. Rapp. le supplément de cet ouvrage par Siville. La partie de ce supplément correspondant au contrat de mariage forme la fin du t. V et la première moitié du t. VI[e].

(2) Orléans, 8 juin 1894, D., 96.2.334. Il faut se garder de confondre cette hypothèse d'un mandat exprès avec celle du mandat tacite généralement admis en pratique (art. 1420). La femme est-elle alors tenue de rendre compte comme tout mandataire ? Il serait prématuré d'étudier, ici, cette question (V. *infrà*, I, n. 500 s. pour le mandat tacite, et n. 577 s. pour le mandat exprès.

instructions, c'est-à-dire qu'elle ait agi dans les limites du mandat par elle reçu. La loi sous-entend elle-même un semblable mandat pour les dépenses courantes du ménage qu'il est dans l'usage de confier à la femme (v. art. 1420).

Toutefois, nous entendons parler ici, au profit de l'épouse, d'un véritable mandat, toujours révocable. Au contraire, la clause du contrat de mariage qui confèrerait à la femme un mandat irrévocable serait nulle, parce qu'elle enlèverait effectivement au mari et transporterait à la femme l'administration des biens de la communauté (1).

Il va de soi que le mandat révocable, donné à l'épouse par le contrat de mariage d'administrer les biens communs, n'empêche nullement le revenu de ces biens de faire partie de l'actif commun (art. 1401-1°). Le mandataire représentant le mandant, tout doit, en effet, se passer comme si le mari mandant administrait par lui-même.

21. Des biens communs, passons aux biens propres de la femme. Le mari les administre et la communauté en a la jouissance (art. 1428 et 1401-2°). Rien n'empêche toutefois de stipuler, dans un contrat de mariage établissant la communauté, que la femme aura tout à la fois l'administration et la jouissance de ses biens propres ou de quelques-uns d'entre eux (2). Dans cette hypothèse, il s'opère une combinaison plus ou moins étendue du régime de la communauté et de celui de la séparation de biens. Ainsi pourrait être interprété le mandat irrévocable donné à la femme par le mari d'administrer tout ou partie des propres appartenant à l'épouse.

Mais, en imaginant que la jouissance des biens propres de la femme doive tomber en communauté conformément à la règle posée par l'article 1401-2°, ou doive appartenir au mari en vertu d'une stipulation du contrat, serait-il permis, autrement que par un mandat révocable, d'en attribuer l'administration à la femme ? Nous ne le pensons pas. Nous

(1) Marcadé, *op. cit.*, V. art. 1387-1389, VI, *in fine*, p. 413.

(2) Rapp. jug. Mayenne, 13 nov. 1896, *Gaz. Pal.* 98.1.177. — V. *infra*, I, n. 116, note.

estimons au contraire qu'il y aurait là une atteinte portée aux droits du mari comme chef.

Cependant, on peut soutenir, avec des jurisconsultes autorisés, qu'il pourrait être valablement convenu que le mari, sous le régime de la communauté, aurait des pouvoirs d'administration plus étendus sur les propres de la femme que ceux que lui reconnaît l'article 1428. Il pourrait, par exemple, en passer bail pour plus de neuf ans, ce qui, loin de porter atteinte aux prérogatives du chef, lui en reconnaîtrait, au contraire, de plus étendues.

Nous hésiterions, en sens inverse, à croire à la validité d'une clause aux termes de laquelle il n'aurait le droit de les donner à bail que pour six ans, par exemple, et non pour neuf comme l'y autorise l'article 1428, ou qui ne lui permettrait de passer bail qu'avec l'approbation de la femme (1).

21 *bis*. Il a été jugé avec raison, nous semble-t-il, qu'un contrat de louage de services qui ferait du mari le domestique de sa femme, même séparée de biens, serait nul comme incompatible avec l'exercice de l'autorité maritale (2).

22. Mais le mari pourrait, sous la communauté, donner à sa femme un mandat révocable, permettant à cette dernière d'administrer ses biens propres à lui mari, soit que les revenus en doivent tomber dans la communauté conformément à l'article 1401-2°, soit qu'il ait été stipulé dans le contrat que ces revenus appartiendraient à la femme dans une mesure plus ou moins large (3).

Dans cette dernière hypothèse, assurément exceptionnelle, mais dont nous avons connu personnellement l'application, le mari pourrait même donner à sa femme un mandat irrévocable pour toute la durée et dans la mesure du droit que lui confère le contrat.

23. Si nous laissons de côté la communauté, — étant donné la signification large que nous avons reconnue à la for-

(1) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 120, I. — *Contra* Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 68. — V. cep. les mêmes auteurs, *op. cit.*, III, n. 1739.

(2) J. Auxerre, 4 décembre 1901. *G. Pal.* 1901.2.710. *France judiciaire*, 1902.2.247 ; Trib. paix Reims (2e canton), 18 nov. 1903, *Fr. jud.* 1904.2.139.

(3) Orléans, 8 juin 1894, D. 96.2.334.

mule de l'article 1388, au sujet des droits du mari comme chef, — nous sommes conduits à dire, sous les autres régimes matrimoniaux, que, s'il s'agit de biens dont la jouissance est attribuée au mari pour soutenir les charges du ménage (art. 1531, 1549), l'administration lui en est nécessairement réservée (art. 1530, 1531, 1549). La femme ne pourra les administrer qu'en qualité de mandataire révocable de son conjoint (1).

Il arrive fréquemment que le mari, en vertu d'un mandat exprès ou tacite, administre les biens extradotaux ou paraphernaux de l'épouse (art. 1577-1580) (2). Pourrait-il par contrat de mariage être investi d'un mandat irrévocable de les administrer, quoique la jouissance en fût réservée à la femme (sans quoi lesdits biens cesseraient d'être extradotaux ou paraphernaux)? Une telle clause n'aurait évidemment rien de contraire aux droits du mari comme chef. Elle serait valable par application de la liberté qui appartient aux époux de combiner entre elles des règles empruntées aux divers régimes matrimoniaux (art. 1534, 1549 *in fine*) (3).

24. De même que le contrat de mariage ne saurait utilement faire échec à la puissance maritale, de même il doit laisser intacte la puissance paternelle. C'est ce qui est exprimé,

(1) Civ. rej., 2 mars 1837, S., 37.1.193, D. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 110. — Cet arrêt, de même que la décision attaquée, nous semble avoir consacré cette règle, à savoir qu'il y aurait contradiction à considérer comme véritablement dotaux des biens dont la femme s'est réservé l'administration, celle-ci impliquant pour l'épouse le droit de percevoir les revenus. La contradiction disparaît par l'interprétation qui ne voit dans lesdits biens que des paraphernaux. — V. Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 126. — *Contra*, Civ. rej., 17 févr. 1886, S., 86.1.161, D., 86.1.249. La solution de cet arrêt est combattue dans Sirey, en note, par M. Lyon-Caen. — Il y aurait peut-être moyen de concilier les deux décisions, en considérant que les biens dont la femme s'est réservé l'administration ne sont dotaux que quant à la nue propriété, et que la jouissance en est paraphernale. La femme ayant alors la jouissance peut avoir l'administration desdits biens. — V. Poitiers, 23 déc. 1891, et Req. 27 mars 1893, S., 95.1.34, D., 93.1.311. — Marcadé, *op. cit.* V. art. 1387-1389, VI, p. 411, distingue très nettement la clause qui enlève au mari la gestion des biens dont on le fait usufruitier et annule cette clause comme insultante pour lui. — V. également Merlin, *Rép.*, v° *Dot*, § 5, 3.

(2) V. *infra*, III, n. 1510 s.

(3) V. *infra*, III, n. 1476, 1638, 1639, 1643.

sous une forme à certains égards singulière, par l'article 1388, ainsi conçu : « *Les époux ne peuvent déroger ni aux droits « résultant de la* puissance maritale sur la personne.... des « enfants...., *ni aux droits conférés au survivant des époux « par le titre* de la Puissance paternelle *et par le titre* de la « Minorité de la Tutelle et de l'Émancipation. »

Il est donc interdit de modifier les droits des parents au regard des enfants, lors même que ces droits sont exercés après la dissolution du mariage et que le survivant n'a plus près de lui l'autre époux comme surveillant ou conseil.

25. Serait assurément sans valeur la stipulation donnant à la femme, à l'exclusion du mari, le droit de consentir au mariage ou à l'adoption des enfants communs..

26. Lorsqu'il est passé entre futurs époux appartenant à des religions différentes, il n'est pas rare de rencontrer dans le contrat de mariage une clause aux termes de laquelle les enfants mâles devront être élevés dans la religion du père, tandis que les filles devront suivre celle de la mère. Il paraît bien difficile d'admettre qu'une semblable convention ou toute autre du même genre, soit civilement obligatoire pour le mari. Étant donné en effet que le droit, ou plutôt le devoir d'éducation est un attribut de l'autorité paternelle appartenant en commun aux deux auteurs de l'enfant (art. 203), mais que le mari, du moins s'il est en mesure d'y pourvoir, en a seul l'exercice durant le mariage (art. 373), la clause que nous supposons aurait précisément pour conséquence de retirer, tout au moins en partie, cet exercice au mari. Elle est donc nulle au même titre que toute autre convention qui, pour la transférer à la mère d'une façon temporaire ou permanente, dépouillerait le père de la puissance paternelle en totalité ou en partie (1).

(1) Duranton, *Cours de droit français*, 4e édit., XIV, n. 24 ; Troplong, *Du contrat de mariage*, I, n. 61 ; Odier, *Tr. du contrat de mariage*, 1847, II, n. 628 ; Marcadé, *op. cit.*, V, art. 1387-1389, n. 3 et 4 : Demolombe, *Tr. de la puissance paternelle*, n. 295 : Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 504, p. 266 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n . 5 *bis*, II; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 120 ; de Folleville, *Tr. du contr. pécuniaire de mariage*, 1883, I, n. 17 *bis* ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 3. Planiol, *op. cit.*, I, (3e édit.) n. 1646 ; III, (2e édit.) n. 799. — *Contra* Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 63, *in fine*.

27. On ne pourrait pas davantage convenir que la mère devra être écoutée ou consultée sur le choix d'une carrière pour les enfants, et sur le mode d'éducation auquel ils seront soumis.

28. Serait encore inefficace la stipulation en vertu de laquelle on refuserait au mari le droit d'administration légale de l'article 389 sur les biens des enfants (1).

En serait-il de même d'une convention, dont il résulterait que le mari n'aurait pas, au cours du mariage, le droit de jouissance légale consacré par l'article 384 ? Cette question comporte une solution analogue à celle que nous signalerons bientôt à l'occasion du conjoint survivant (2).

29. L'article 1388, nous l'avons constaté, interdit dans son texte d'enlever au survivant des parents, soit la puissance paternelle proprement dite et les droits de garde, d'éducation et de correction qui en résultent (art. 372, 374 s., 380, 381), soit le droit à la tutelle légale que lui reconnaît l'article 390. L'article 391 en est bien la preuve; car il attribue expressément au père prémourant le pouvoir, non pas de retirer, mais de restreindre, dans la mesure spécifiée par le texte, les droits que cette tutelle confère à la mère.

30. Mais le conjoint survivant qui, au moins sur la quotité disponible de la succession du prémourant, pourrait être dépouillé par testament du droit de jouissance légale, conformément à l'article 387 *in fine*, pourrait-il être d'avance, et par une clause du contrat de mariage, privé de ce droit ?

L'usufruit légal pourrait-il être au moins conditionnellement supprimé pour le cas où le père survivant contracterait un nouveau mariage? Ainsi atténuée, le clause a pour objet seulement d'assimiler les deux époux et d'étendre par contrat de mariage une déchéance, que, dans l'article 386, la loi prononce elle-même contre la mère qui se remarie. Nous penchons, au moins dans l'hypothèse que nous venons d'indiquer, vers la solution favorable à la validité de cette déchéance conventionnelle. Le droit de jouissance légale

(1) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 114 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 121.
(2) V. *infra*, I, n. 30.

n'est point, en effet, une institution d'ordre public. S'il peut disparaître à titre de pénalité édictée par la loi au cas de divorce, ou pour d'autres motifs, soit en cas de nouveau mariage de la mère, soit pour défaut d'inventaire de la part du survivant après la dissolution de la communauté (1), s'il peut être supprimé ou restreint par la volonté unilatérale d'un testateur, pourquoi ne pourrait-il pas l'être en vertu d'une convention, à laquelle aura figuré celui-là même qui supporte la privation de ce droit, en consentant d'avance à tenir compte de tous les revenus des enfants (2) ?

31. En abordant l'étude de l'article 1388, dont nous venons d'expliquer les dispositions, nous avons fait observer que ce texte est dominé par une règle générale, en vertu de laquelle se trouvent proscrites toutes les dérogations apportées par contrat de mariage aux lois qui gouvernent l'organisation de la famille.

S'il est des points, rentrant dans cet ordre d'idées, qui ne soulèvent aucune difficulté et que nous avons signalés au début de ce sujet, il en est d'autres qui, en dehors des prévisions précises de la loi, ne sont pas aussi simples à résoudre.

Une question, qui a beaucoup exercé la sagacité des interprètes et même des législateurs, est, par exemple, celle de savoir si la condition de ne pas se remarier peut être valablement insérée dans un contrat de mariage. La réponse à faire suppose, il nous semble, des distinctions.

Personne, sans nul doute, n'hésiterait à déclarer nulle une défense pure et simple de se remarier, s'adressant soit aux deux époux, soit à un seul, le plus jeune si on le veut. Que cette interdiction soit générale ou spéciale à tel cas de dis-

(1) V. *infra*, II, n° 887.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 121. — *Contra* Déclarations de Treilhard et de Berlier, Fenet, *op. cit.*, XIII, p. 542, 543 ; Locré, *op. cit.*, XIII, p. 166, 169 ; Troplong, *op. cit.*, I, n. 61 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 74 ; Demolombe, *Traité de la puissance paternelle*, n. 490 et 491 ; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 21 *bis* ; Aubry et Rau, qui avaient professé notre opinion dans leurs trois premières éditions, se sont ralliés à la doctrine opposée. V. *op. cit.*, V. § 504, note 1, p. 265 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 114 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 118.

solution du mariage, fût-elle même subordonnée à cette circonstance que le survivant aurait atteint un âge avancé, cela importe peu. Il n'est pas de tribunal, croyons-nous, qui oserait juger qu'une telle clause engendrerait un empêchement de mariage même prohibitif. C'est, en effet, au législateur seul, et non à la convention des parties, qu'il appartient de régler la capacité de se marier ou de se remarier.

L'atteinte, même indirecte, à cette liberté, sous forme par exemple de sanction pécuniaire, serait contraire à l'ordre public.

Mais la clause que nous prévoyons ne se présentera guère sous cette forme. Elle revêt d'ordinaire le caractère d'une simple condition de viduité apposée à une libéralité. Il a été stipulé dans une donation faite par contrat de mariage à l'un des futurs époux par l'autre, que si le donataire se remarie, la donation sera résolue : cette stipulation est-elle licite ? Certes ! si le droit de se remarier est légitime, et si les entraves qu'il subirait seraient de nature à avoir des conséquences sociales ou morales regrettables, n'est-ce pas aussi un sentiment des plus respectables que celui qui inspire fréquemment ces stipulations ? Le premier mourant, qui pourrait ne laisser aucune libéralité au survivant, ne peut-il pas en limiter les effets à la durée du veuvage, parce qu'il n'entend pas que ses biens facilitent une nouvelle union ? Ces considérations ont une incontestable valeur.

Aussi, sans adopter le système absolu de la Novelle XXII de Justinien, où l'on déclare toujours licite la condition de ne pas se remarier (1), ni la solution, non moins absolue en sens opposé, des lois du 5 brumaire an II (art. 1er) et du 17 nivôse an II (art. 12) (2), nous verrions plutôt une question de fait dans l'appréciation de cette condition. Elle devra, selon nous, être réputée non écrite, en vertu de l'article 900, si elle n'est

(1) Duranton, *op. cit.*, VIII, n. 128 ; Troplong, *op. cit.*, I, n. 52 et *Donations entre vifs*, I, n. 248, 249 ; Delvincourt, *Cours de Code civil* (1834), II, p. 190 des notes ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 105 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Condition*, n. 273 s.

(2) Bellot des Minières. *Le contrat de mariage considéré en lui-même* (1855), n. 86-90.

qu'un moyen imaginé pour entraver la liberté du survivant. Au contraire, s'agit-il seulement d'une limitation raisonnable de la libéralité, limitation dictée par l'intérêt de la famille représentée par des enfants communs (arg. de l'art. 386 *in fine)*, elle devient respectable et licite. Comme le décident divers arrêts, il faut vérifier si la stipulation a été inspirée ou non par des motifs répréhensibles (1).

§ II. *Défense de modifier, par contrat de mariage, l'ordre légal des successions.*

32. La seconde limite, que ne doit pas franchir la liberté des conventions matrimoniales et qui résulte de la défense de déroger à l'ordre légal des successions, est écrite dans l'article 1389 ainsi conçu : « *Ils* [les époux] *ne peuvent faire « aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de « changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à « eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descen- « dants, soit par rapport à leurs enfants entre eux, sans pré- « judice des donations entre-vifs ou testamentaires qui pour- « ront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés « par le présent Code.* »

Ce texte, qu'une sévère critique serait tentée de taxer d'inutilité, nous paraît être une application particulière des principes interdisant d'une manière générale, dans notre droit, les pactes sur succession future (art. 791, 1130, 1600). Il est pourtant aisé d'expliquer la présence de l'article 1389.

En effet, la faveur dont le contrat de mariage est entouré l'a fait soustraire, en partie, à l'empire de la règle prohibitive des pactes que nous prévoyons. C'est ainsi qu'on y trouve fréquemment des institutions contractuelles (art. 1082 s.). De même, le seul choix du régime matrimonial

(1) Bordeaux, 27 fév. 1866, et Req., 18 mars, 1867, S. 67.1.204, D., 67.1.332. — Angers, 17 nov. 1889 et Civ. cass., 18 juin 1890, S., 93.1.425. — Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 58 ; Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Traité des donations*, I, n. 183 s. — Cpr. Planiol, *op. cit.* III, (2e édit.) n. 707.

règle presque toujours, du moins entre les époux, le sort des successions qui, au cours du mariage, pourront échoir à l'un d'eux.

Et alors, en présence d'aussi graves atteintes portées par le législateur lui-même au principe des articles 791, 1130 et 1600, on aurait peut-être été conduit à prétendre que la prohibition des traités sur succession future était complètement étrangère aux contrats de mariage. Voilà la raison d'être de l'article 1389, où la loi a pris la peine de préciser les principales dérogations qu'elle redoute de voir apporter à l'ordre des successions.

33. Il en est une d'abord, que nous nous contenterons de signaler ici sans insister autrement à son occasion, puisqu'elle est plus particulièrement prévue au titre *des Successions* par l'article 791. Le législateur y écarte une pratique ancienne, dangereuse, que l'on peut qualifier de spoliatrice, consistant à autoriser, de la part des filles dotées, la renonciation, en général au profit des mâles, à la succession de leur père ou mère (1).

34. C'est dans un ordre d'idées tout voisin de celui-ci que statue l'article 1389 ; mais sa disposition contient quelque chose de plus que celle de l'article 791. Ce que la loi défend, en effet, dans l'article 1389, ce n'est pas seulement de renoncer par avance à une succession non ouverte; ce sont tous les pactes ayant pour objet de réformer, de modifier dans le contrat de mariage l'ordre de dévolution des successions.

L'article 1389 interdit, par exemple, les conventions qui changeraient l'ordre de succession des époux par rapport à leurs enfants. Aux termes de l'article 733, notamment, quand le *de cujus* ne laisse ni descendants, ni collatéraux privilégiés, les biens se divisent en deux parts, moitié pour la ligne paternelle, moitié pour la ligne maternelle. Or, l'application de cette règle peut froisser certains sentiments de famille, car la conséquence en peut être de faire passer

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, Introduction, n. 2; Argou, *Institution au droit français* (édit. 1753), II, p. 182 s. ; Viollet, *Hist. du dr. civ. franç.*, 1893, p. 826, Brissaud, *op. cit.*, p. 1608 s. — V. également Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Tr. des succ.*, 1re édit., I, n. 1379 s., 2e édit., II, n. 1005 s.

des biens d'une famille dans une autre. On pourrait alors être tenté de dire que les biens recueillis par l'un des enfants dans la succession d'un des conjoints prédécédé ne pourront, en aucune manière, advenir à l'époux survivant. L'article 1389 vient faire obstacle à une pareille stipulation du contrat de mariage (1).

Ce texte écarte également les clauses tendant à changer l'ordre légal des successions par rapport aux enfants entre eux, ce qui exclut les droits d'aînesse comme ceux de masculinité (2). Mais la prohibition est plus large encore : elle atteint la clause jadis connue sous le nom d'*affrérissement*, en vertu de laquelle les enfants nés d'une précédente union de l'un des conjoints étaient appelés à succéder à l'autre conjoint concurremment avec les enfants issus du mariage (3).

35. Certaines stipulations, se rattachant plus ou moins aux continuations de communauté jadis si fréquentes (4), mais aujourd'hui défendues (art. 1441, 1442) (5), pourraient encore tomber sous la prohibition des pactes sur succession future.

La jurisprudence de la cour de Rennes nous en fournit un exemple intéressant. On convenait volontiers, en Bretagne, que le survivant des époux serait donataire des biens du prédécédé, mais que les héritiers de ce conjoint défunt prendraient part dans la succession du dernier mourant (6). Une telle clause est-elle encore possible ?

(1) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 124. — Rapprocher l'arrêt de la cour suprême de Bruxelles du 16 mars 1824, S. chr., VII, 2.328.

(2) Huc, *op. cit.*, IX, n. 4.

(3) Guyot, *Répertoire universel de jurisprudence* (édit. 1784), v° *Affrérissement.*

(4) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 769 s. ; Viollet, *op. cit.*, p. 787.

(5) On peut rapprocher de cette prohibition l'hypothèse dans laquelle il aurait été convenu, par contrat de mariage, que la femme survivante resterait, sa vie durant, en possession des biens composant la succession de son mari, sans que les héritiers de celui-ci puissent demander le partage. Cette convention d'indivision prolongée serait nulle, car, d'après l'article 815, qui édicte à ce sujet une règle d'ordre public, le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibitions ou conventions contraires. — V. Bruxelles, 18 mai 1887, D., 1888, II, 39. — Laurent, *op. cit.*, X, n. 230; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité des successions*, 1re édit., II, n. 2762 ; 2e édit., II, n. 2177.

(6) Lire à ce sujet la note publiée dans le Recueil de jurisprudence de Sirey, 1866 2. 105. — Cpr. Cout. de Bretagne, art. 210 et 584.

D'une part, nous ne pouvons plus, comme autrefois, la rattacher utilement à une continuation de la communauté qu'il n'est plus permis de stipuler. D'autre part, si les héritiers du prémourant ne sont pas considérés comme copropriétaires du moins en nue propriété, pendant la vie du survivant, de tous les biens réunis dans la main de celui-ci, et si ce dernier peut les aliéner sans leur consentement, nous n'avons pas affaire à une vraie continuation de communauté. Mais, si la clause n'est pas nulle comme stipulant que la communauté conjugale survivra au mariage, elle présente d'autant plus aisément les caractères d'un pacte sur succession future.

Elle confond, en effet, en une seule masse successorale, l'avoir des deux époux, et prive le survivant du droit de tester, comme conséquence d'une sorte d'institution contractuelle qu'il se trouve avoir faite, dans son contrat de mariage, à l'avantage des héritiers du prédécédé. Or, une semblable institution n'est possible qu'au profit du conjoint ou des enfants à naître du mariage (art. 1082). Encore est-ce un point controversé que celui de savoir si l'institution contractuelle, faite par un conjoint à l'autre, peut être expressément étendue aux enfants à naître du mariage (art. 1093) (1). Mais la stipulation que nous prévoyons serait au contraire valable, si elle était enfermée dans les limites d'une substitution *de eo quod supererit*. Dans cette hypothèse, en effet, les héritiers du donateur prédécédé exerceraient leur droit au décès de l'époux donataire, non pas sur la succession même de ce dernier, mais seulement sur ceux des biens du donateur que l'on retrouverait dans cette succession. Ils n'élèveraient aucune prétention sur les acquêts faits par le survivant depuis la dissolution du mariage. Leur

(1) Rennes, 2 fév. 1866 et Civ. rej., 10 mars 1869, S., 69. 1. 319, D., 69. 1. 336. — Cpr. Civ. cass., 11 déc. 1867, D., 67. 1. 471. — Dans ses *Questions pratiques et doctrinales de code Napoléon*, II, p. 352 s., Bertauld signale un arrêt de la cour de Caen du 28 mai 1855, qu'il accompagne de certaines citations, et qui prouve que la Normandie connaît aussi ces clauses, au moins sur le mobilier de l'époux prémourant. — Cpr. Cout. de Bretagne, article 210. — V. *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 132, 133. — Sur le sens de l'article 1093, v. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations*, II, n. 3992 s.

droit se bornerait à la part du prédécédé dans ce qui resterait de la communauté conjugale, dont ils ne demanderaient la liquidation qu'après le décès du dernier mourant des époux (1).

36. La jurisprudence valide aussi la clause d'un contrat de mariage, par laquelle les héritiers non réservataires du conjoint prédécédé voient leur droit d'hérédité réduit à une somme d'argent déterminée. L'époux survivant est alors, en vertu d'une institution contractuelle, appelé à l'universalité de la succession du prédécédé,et la charge qui lui est imposée, de payer une certaine somme d'argent auxdits héritiers de l'instituant, n'a rien d'illicite (2).

37. Il faudrait, au contraire, annuler comme pacte sur succession future et comme donation mutuelle, violant l'article 1097, la clause par laquelle les parents, en dotant leur enfant, lui imposeraient l'obligation de laisser le survivant d'entre eux jouir de l'usufruit des biens du prédécédé (3).

37 *bis.* On devra aussi, en général, considérer comme nulle toute clause qui violerait l'article 732, en obligeant à tenir compte de l'origine des biens (4).

37 *ter.* La cour de cassation vient également dans deux arrêts, dont le second a été rendu toutes chambres réunies, d'annuler comme pacte sur succession future une clause assez usitée dans la pratique notariale de Paris, consistant à réserver, au profit du donateur,un droit de retour; et à le limiter ainsi : « ... Ce droit de retour ne fera pas obstacle à l'exécution de toutes donations et dispositions en *usufruit* que la future épouse pourrait faire à son conjoint, pendant le cours du mariage, *ni à l'effet de tous autres avantages* et dispositions qui pourront résulter au profit du futur époux, soit du présent contrat de mariage, *soit de la loi.* » Cette clause a été finalement considérée, non comme une

(1) Rennes, 10 janv. 1866, S., 66. 2. 105.

(2) Req., 23 juin 1842, S., 42.1 694; D. Rép. alp., v° *Dispositions entre-vifs*, n. 1986-6°.

(3) Req., 16 janv. 1838, S., 38.1.225. D. Rép. alph., v° *Contrat de mariage*, n. 146, et v° *Dispositions entre-vifs*, n. 187-3°.

(4) Cpr. *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 132 et 135.

restriction d'un retour conventionnel, mais comme une renonciation anticipée au retour légal ou successoral, c'est-à-dire à la loi des successions *ab intestat* (1).

38. D'autre part, un jugement du tribunal civil de Poitiers, qui sur ce point fut confirmé en appel par adoption de motifs, le 23 décembre 1891, fait judicieusement remarquer que, si les époux peuvent stipuler un régime matrimonial fixant à l'égard de la communauté ou de chacun d'eux le sort des biens qui, « *d'une façon générale*, leur adviendront par legs ou succession, ils ne peuvent, sans violer les dispositions des articles 791,1130 et 1600, stipuler que les biens provenant de telle succession déterminée et non encore ouverte, seront soumis à telle ou telle convention matrimoniale, qu'une stipulation sur succession future ne peut être valablement faite par les époux qu'à la condition de n'en désigner aucune spécialement » (2).

39. Nous terminerons avec notre ordre d'idées, en observant enfin qu'un donateur pourrait, ce nous semble, mettre à sa libéralité cette condition, à savoir que le conjoint donataire contractera une *société ordinaire*, civile ou commerciale, avec telles personnes déterminées, même avec les héritiers du donateur. Pour qu'il y eût dans ce cas un pacte sur succession future, il faudrait que le donateur eût indiqué tout ou partie de sa succession, comme devant figurer dans les apports. Mais il va de soi que la société supposerait, lors de sa formation, le concours de tous les associés.

Spécialement, l'un des conjoints pourrait, comme condition d'un gain de survie, imposer à l'autre l'obligation de contracter une semblable société avec ses héritiers. C'est sous cette forme que l'on pourrait légitimement obtenir aujourd'hui un résultat analogue à celui des anciennes clauses de continuation de communauté, actuellement prohibées.

(1) Civ. cass., 24 juillet 1901. S. 1901.1.433, note Lyon-Caen, D. 1901.1.537 et Cass. ch. réunies, 2 juillet 1903, D. 03.1.353, S. 04.1.65, note Lyon-Caen; Orléans, 30 avril 1904. S. 04.2.269. Rapp. Gaudemet. *Revue trim. de droit civil*, 1902, p. 735, s. Cpr. Poitiers, 22 février 1904 (dernier motif), S. 04.2.193.

(2) Le pourvoi formé devant la cour de cassation n'a pas même porté sur ce point. V. Req., 27 mars 1893, *Gal. Pal.*, 1893. 1. 507, S., 95.1.34.

§ III. *Défense, dans le contrat de mariage, de renvoyer, d'une manière générale, aux anciens statuts, lois et coutumes.*

40. Aux termes de l'article 1390 : « *Les époux ne peuvent plus « stipuler d'une manière générale que leur association sera « réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui « régissaient ci-devant les diverses parties du territoire fran- « çais, et qui sont abrogés par le présent code.* » Ainsi serait nulle, par application de ce texte, la clause d'un contrat de mariage conçue dans les termes suivants : « Les époux déclarent se soumettre au régime organisé par la coutume de La Rochelle. » Mais pourquoi donc ? Parce que, pour savoir quel est le régime adopté par les époux, il faudrait nécessairement se référer à la coutume de La Rochelle, qui est abrogée. Après avoir doté la France de l'inappréciable bienfait d'une législation uniforme, le législateur ne pouvait pas permettre que la volonté des particuliers fît revivre, dans leur diversité, les anciennes coutumes qu'il venait d'abroger. C'est ce qui serait arrivé, surtout peu de temps après la promulgation du code civil, sans la disposition prohibitive de l'article 1390. Les hommes sont naturellement attachés à leurs vieilles lois ; il ne suffit pas toujours de leur en donner de meilleures pour leur faire oublier les anciennes. Le législateur devait tenir compte de cette tendance qui aurait pu compromettre, si l'on n'y eût pris garde, l'œuvre de l'unification législative.

Ces motifs prouvent que l'article 1390 doit être appliqué au cas où le contrat de mariage se bornerait à renvoyer à un seul ou à quelques articles d'une loi ou d'une coutume abrogée, tout aussi bien qu'à celui où il renverrait à un ensemble de dispositions. Les mots d'*une manière générale* ne font pas allusion, comme l'a prétendu Toullier (1), à un

(1) Toullier, *Le droit civil français* (5e édit.), XII, n. 7, note 1. p. 14. — Dans le même sens, Bellot des Minières, *Le contrat de mariage considéré en*

renvoi général au système adopté par une ancienne loi ou coutume. Ils signifient que la clause est nulle, toutes les fois que les époux renvoient d'*une manière générale*, c'est-à-dire *generaliter*, sans autre explication, au texte d'une ancienne loi ou coutume abrogée, de telle façon qu'il soit impossible de comprendre et de bien connaître la clause sans se référer à la loi ou coutume et par suite à ses commentateurs. Partie du contrat de mariage se trouverait ainsi dans la législation ancienne, malgré la volonté des rédacteurs du code civil, qui ont entendu la faire disparaître (1).

Mais la prohibition de l'article 1390 ne va pas plus loin. Si le texte interdit le renvoi pur et simple à une loi ou coutume abrogée, il ne défend nullement aux époux d'emprunter à d'anciennes lois tout ou partie des clauses qui doivent constituer le régime de leur choix. Bien plus, les époux pourraient reproduire littéralement, dans leur contrat de mariage, les textes d'une ancienne loi ou coutume. Les juges auront alors à les interpréter, non pas comme une disposition légale ou coutumière, mais comme une clause conventionnelle. Les contractants, en agissant ainsi, n'ont en aucune manière violé la défense d'essayer de faire revivre partiellement les coutumes et statuts abrogés. En somme, tout ce que veut le législateur, c'est que le contrat de mariage se suffise à lui-même, et qu'il ne soit pas nécessaire, pour en connaître le sens, d'exhumer une législation disparue (2).

41. Ces principes vont nous guider dans certaines applica-

lui-même, n. 259. — Les autres auteurs combattent cette opinion qui est également repoussée en jurisprudence. — V. Poitiers, 16 mars 1826, S. chr., VIII, 2.212 ; D. Rép. alph., v° *Contrat de mariage*, n. 154 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 504, texte et note 20, p. 273; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 80 s.; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 7 *bis*, I et II ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 138 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 128 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 6, et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 138 à 140.

(1) Note sous Civ. cass., 15 mai 1878, S., 78.1.449

(2) Locré, XIII, p. 158 s.; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 81; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 504, texte et note 22, p. 273 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 140 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 130 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 143.

tions de l'article 1390, qui ne laissent pas parfois d'être délicates.

On s'est demandé, par exemple, s'il fallait considérer comme valable la stipulation d'un contrat de mariage ayant pour objet une ancienne institution, rappelée seulement par un de ces termes que l'on ne comprend bien qu'en consultant les vieux auteurs. C'est ainsi que la cour de Poitiers a eu, dans un arrêt du 16 mars 1826, à statuer sur la validité d'une clause par laquelle était stipulé un *douaire* conforme à la ci-devant coutume de Poitou. La cour en a prononcé à très juste titre la nullité, car il est bien évident qu'elle ne pouvait être comprise, dans sa nature et ses effets, qu'en se référant aux textes et aux commentaires de la coutume poitevine. Le valider eût donc été faire revivre, au mépris de l'article 1390, une vieille coutume abrogée (1). De cet arrêt de la cour de Poitiers, on peut encore rapprocher un arrêt de la cour de Grenoble du 6 juin 1829, écartant, en vertu de l'article 1390, une stipulation écrite dans un contrat de mariage, aux termes de laquelle « le futur époux promettait à la future un *augment* de 6,500 livres, en cas de survie, réversible aux enfants à naître; plus des *bagues et joyaux* sur le pied des constitutions à elle faites » (2).

En somme, l'emploi d'un terme ancien tombera sous le coup de la prohibition de l'article 1390, s'il implique l'étude des vieux textes, comme le *douaire* ou l'*augment de dot* que le code a passés sous silence. Les parties ne peuvent faire revivre ces institutions du passé que si la clause de leur contrat de mariage permet d'en établir suffisamment l'étendue et les effets. Quand en est-il ainsi ? Il y a des nuances qui, dans cet ordre d'idées, peuvent être assurément subtiles, et dont l'interprétation, ainsi que l'a jugé la Cour suprême dans un arrêt de rejet de la chambre civile du

(1) Poitiers, 16 mars 1826, S. chr. ; D. Rép. aph., v° *Contrat de mariage*, n. 154.

(2) Grenoble, 6 juin 1829, S. chr. IX, 2.283; D. Rép. alph.. v° *Contrat de mariage*, n. 156. — Cet arrêt de la cour de Grenoble a été critiqué par certains interprètes. V. Odier, *op. cit.*, II, p. 43 et III, p. 43 ; Troplong, *op. cit.*, I, n. 140; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 139.

28 août 1833, doit être abandonnée à la souveraine appréciation des juges du fait (1).

Est-il besoin d'ajouter que, en souscrivant à ces solutions de la jurisprudence, nous n'allons pas jusqu'à prétendre que l'interprète d'un contrat de mariage, pas plus que celui qui est chargé d'appliquer les articles du code civil, soit dispensé de connaître l'ancien droit et n'en doive argumenter jamais ? Telle n'est pas notre pensée.

Mais, de même que le legs doit être écrit dans le testament, de même le pacte matrimonial doit être écrit dans le contrat de mariage, à moins que les époux n'aiment mieux se référer purement et simplement à ceux des textes du code civil dans lesquels ils trouvent tout préparés de nombreux projets de conventions matrimoniales.

42. Au lieu de renvoyer à une ancienne coutume ou de se contenter de viser, sans autre explication, une institution du passé, nous pouvons imaginer que les futurs conjoints fassent, dans leur contrat de mariage, un renvoi aux commentateurs de telle ou telle coutume : leur serait-il possible de tourner, par cette voie, la prohibition de l'article 1390 ? La négative nous paraît préférable (2). Pour motiver cette solution, on se contente parfois de faire observer que l'article 1390 met obstacle à la stipulation du contrat de mariage que nous prévoyons. En effet, dit-on, renvoyer à Valin, à Boucheul, à Basnage, au président Bouhier, c'est en réalité renvoyer aux coutumes commentées de la Rochelle, du Poitou, de Normandie ou de Bourgogne. Cette raison n'est peut-être pas suffisante, à elle seule; car on la trouve en défaut dès que le renvoi stipulé par contrat de mariage, au lieu de viser un commentateur de coutume, s'adresse à un auteur ayant écrit un traité du contrat de mariage. Faudrait-il donc valider le contrat de mariage, dans lequel les futurs époux se seraient contentés d'exprimer qu'ils entendent adopter le régime de la communauté tel qu'il est compris par Pothier, ou par tel auteur moderne ?

(1) Civ. rej., 28 août 1833, S., 33.1.744; D. Rép. alp., v° *Contrat de mariage*, n. 156.

(2) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 129. — *Contra* Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 139.

Il n'est pas possible, à notre avis, de le soutenir. En dehors de l'article 1390, la raison décisive nous paraît être que le contrat de mariage ici supposé a méconnu la règle d'après laquelle toute clause des conventions matrimoniales doit être solennelle en la forme (art. 1394). Si elle n'est pas écrite dans le contrat notarié, ou dans une contre-lettre également authentique, elle ne peut résulter que de la loi régissant les contractants ou l'un d'eux. Aussi, bien que l'idée n'ait jamais été émise, à notre connaissance du moins, croyons-nous que les principes auraient logiquement conduit à la nullité du contrat de mariage renvoyant aux statuts anciens abolis, même si l'article 1390 n'avait pas été édicté (1). N'y aurait-il pas, en effet, contradiction à reconnaître la nullité d'un contrat de mariage sous seing privé, déposé chez un notaire sans que l'acte de dépôt en relatât les clauses, et à admettre la validité d'un prétendu contrat de mariage notarié, se bornant à déclarer les biens des futurs époux soumis au régime défini par un commentateur de coutume, ou par un auteur ancien ou moderne dont on indique le nom ?

43. Si le raisonnement que nous venons de faire est exact, n'est-il pas possible, en l'invoquant dans une question voisine, d'aboutir à une solution différente de celle que l'on propose généralement pour la résoudre ?

Demandons-nous, en effet, si le renvoi à une loi étrangère, inscrit dans un contrat de mariage, doit être traité comme celui qui est fait à l'une de nos anciennes coutumes nationales. On décide très généralement que non. En se basant sur l'article 1390 et sur l'idée qu'il n'y a rien là qui compromette l'unité de législation chez nous, on admet que les époux peuvent valablement déclarer qu'ils se réfèrent, pour leurs conventions matrimoniales, à telle ou telle loi étrangère, sauf aux tribunaux à ne pas admettre, en France, l'exécution des

(1) C'est par le même motif que d'excellents auteurs appliquent par analogie l'article 1390 au testament, et considèrent ce dernier comme nul, si le testateur a légué en se référant simplement à une législation abrogée. — V. Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 81, note 1, p. 64. — V. également Req., 23 déc. 1828, affaire Lanos, S. chr., IX, 1. 204.

dispositions qui seraient proscrites par la loi française, comme contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Deux Français pourraient donc très bien déclarer, dans leur contrat de mariage, qu'ils entendent que leur régime matrimonial soit réglé, par exemple, conformément aux dispositions de la loi portugaise sur la communauté (1). Et pourtant, ne peut-on pas élever un doute sérieux sur le bien fondé de cette doctrine généralement suivie ? Que des époux étrangers, se mariant en France, passent un contrat de mariage valable en renvoyant purement et simplement, ou avec plus ou moins de restrictions à la loi étrangère à laquelle ils sont soumis lors de la rédaction du contrat, rien ne semble plus rationnel, et cette solution doit être acceptée. Mais est-il bien possible de considérer comme rédigé devant notaire et satisfaisant à l'article 1394, un contrat de mariage reçu, par exemple, par un notaire de Paris entre deux Parisiens, et stipulant « une communauté régie par le code civil portugais » ? Le doute est assurément permis (2).

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 504, texte et note 23, p. 273 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 82 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 7 *bis*, II ; Laurent, *op. cit.*, XVI, n. 141 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 131 ; *Rép. gén.*, Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 144. Planiol, *op. cit.*, t. III (2e édit.) n. 802.

(2) Mais nous nous rallions volontiers à l'opinion commune pour dire qu'un futur époux étranger, passant son contrat de mariage avec un Français, soit à l'étranger, soit même en France, peut valablement stipuler l'adoption d'un régime matrimonial en renvoyant purement et simplement à sa loi nationale. — De cette solution on peut rapprocher le deuxième alinéa de l'article 5 du projet de convention signé, en juin 1904, à la suite de la quatrième conférence de la Haye, par les délégués d'un grand nombre d'États parmi lesquels figure la France, pour régler entre les États signataires les effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur leurs biens. D'après cet article 5, alinéa 2 « la loi nationale du mari au moment du mariage ou, s'il a été passé au cours du mariage conformément à la loi nationale des époux, la loi nationale de ceux-ci au moment du contrat de mariage décide si et dans quelle mesure les époux ont la liberté de se référer à une autre loi. Lorsqu'ils s'y sont référés, c'est cette dernière loi qui détermine les effets du contrat de mariage. » (V. *Rev. de dr. international*, 1904, p. 553). Nous aurons, par la suite, l'occasion de faire connaître les États qui ont eu des délégués à cette conférence (V. *infra*, I, n. 76), et les autres clauses du projet de convention, en tant qu'elle a trait au contrat de mariage.

§ IV. *Défense, dans un contrat de mariage, de contrarier les règles impératives ou prohibitives éparses dans le code civil.*

44. Les futurs époux doivent, dans leurs conventions matrimoniales, respecter toutes les règles impératives ou prohibitives, éparses dans le code civil, quelles qu'elles soient, alors même qu'elles ne sont pas énoncées dans les articles 1387 à 1390. Le législateur n'a pris la peine de rappeler cette idée, dans la disposition finale de l'article 1388, que pour éviter des méprises et en quelque sorte pour ordre.

Il ne nous appartient évidemment ici, ni de développer les principes à l'aide desquels on déterminera si une disposition est ou non, soit prohibitive, soit impérative, c'est-à-dire si elle est ou non de celles auxquelles il est permis de déroger par la convention (art. 6 et 1128), ni de présenter une explication détaillée des règles impératives ou prohibitives diverses que ne peut pas enfreindre la volonté des futurs époux, et que l'on rencontre un peu partout dans nos lois.

Notre tâche, moins compliquée, doit consister à faire, le plus souvent, un simple rappel de ces règles, surtout de celles que nous aurons à retrouver par la suite de ce traité.

Signalons, dans cet ordre d'idées, les textes qui entendent que la femme puisse sauvegarder ses droits en recourant à la séparation de biens, et spécialement l'article 1443 interdisant les séparations de biens volontaires (1).

D'autre part, l'article 1453 ne permet pas d'enlever à la

(1) V. *infra*, II, n. 891 s. — Serait également nulle la clause qui changerait le rang de l'hypothèque légale de la femme. — V. Grenoble, 7 mars 1868, S., 68.2.339, D., 68.2.171. — Aubry et Rau, *op. cit.*, III, § 264 *ter*, notes 62, 63, p. 239 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 132. — Les dispositions des articles 2140 à 2144 C. civ. sont aussi d'ordre public. Rép. gén. Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 148 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité du nantissement, des privilèges et hypothèques*, II, n. 1024.

femme le droit de renoncer à la communauté (1), pas plus qu'il n'est possible, en principe, de la priver de la faculté de faire inventaire et de recourir au bénéfice d'émolument (art. 1483) (2). Toutefois, d'après une opinion assez généralement admise et que nous partageons, ce principe comporte une exception écrite dans les articles 1524 et 1525 (3).

Les textes qui autorisent la femme à exercer ses reprises avant celles du mari et à recourir contre celui-ci en cas d'insuffisance de l'actif commun, tandis que les reprises de l'époux ne s'exercent que sur la masse de la communauté, contiennent également des dispositions d'ordre public auxquelles il n'est pas permis de déroger (art. 1436, 1471, 1472) (4).

Constatons encore que les mesures de protection édictées par le législateur en faveur des créanciers ne peuvent pas être tenues en échec, ni affaiblies par les stipulations des futurs époux (art. 1410, 1413, 1416, 1419, 1424, 1426, 1427, 1499, 1510 al. 2 et 3, 1512, 1514 *in fine*, 1519, 1524) (5).

Les dispositions législatives écrites en faveur des enfants se placent, elles aussi, au-dessus de la volonté des conjoints (art. 1496, 1527 (6). Rapp. art. 1094, 1098.)

45. Quelques questions demandent plus qu'un simple rappel ; nous allons les passer en revue.

L'une d'elles s'est élevée à l'occasion de la capacité de la femme mariée.

Nous savons, par avance (7), que le contrat de mariage serait impuissant à augmenter la capacité de la femme, en la dispensant, dans une mesure plus ou moins large, de l'obligation qui s'impose à elle de solliciter et d'obtenir

(1) V. *infra*, II, n. 1006 s.
(2) V. *infra*, II, n. 1210 s.
(3) V. *infra*, II, n. 1438 et 1443.
(4) V. *infra*, I, n. 816 s. et II, n. 1105 s.
(5) V. *infra*, I, n. 514 s. ; 546, 548, 556, 589, 596 s. ; 547, 550, 555, 560, 589 ; 583 s. ; 573 s., 624 ; 611 s. ; 617 s., 685 ; II, 1303 s., 1306 s., 1351 s., 1402 s., 1428 s. ; 1437 s., 1440, 1443.
(6) V. *infra*, II, n. 1450 s.
(7) V. *supra*, I, n. 18.

l'autorisation de son mari ou de la justice. La prohibition des clauses restrictives de l'incapacité de la femme est absolue.

Au contraire, la stipulation du régime dotal a pour effet d'aggraver l'incapacité de la femme mariée telle qu'elle résulte du droit commun. Elle l'augmente en ce sens que la femme dotale, même avec l'autorisation de son mari, ne peut ni aliéner ses biens dotaux, ni contracter des obligations exécutoires sur ces mêmes biens. Comme le fait observer très justement M. Lyon-Caen : « Le régime dotal ne frappe pas la femme d'une incapacité personnelle rendant ses obligations nulles, mais d'une sorte d'incapacité *réelle*, empêchant les créanciers de saisir ses biens dotaux » (1).

Mais la convention des parties ne pourrait-elle pas aller plus loin encore, et, restreignant au delà de ces limites la capacité de la femme, faire revivre dans notre droit, en la tempérant plus ou moins, l'ancienne incapacité Velléienne?

Quelques notions historiques deviennent ici indispensables pour bien dégager la question telle qu'elle s'est posée dans la pratique.

Le sénatus-consulte Velléien, rendu à Rome, au plus tôt vers la fin de la première moitié du premier siècle de notre ère, ne s'annonce pas comme une innovation quand il interdit aux femmes,—mariées ou non mariées peu importe,—le droit de s'obliger, *d'intercéder* pour autrui (*pro aliis reæ fieri*). Il n'aurait fait que consacrer une jurisprudence, qui aurait généralisé des édits impériaux précédemment rendus, d'après lesquels il avait été défendu aux femmes de s'obliger pour les dettes de leurs maris (2). Au temps de Justinien, l'interdiction se transforma. La femme devint, en effet, ou peu s'en faut, capable d'intercéder pour tout le monde si ce n'est pour son mari (3). Tel fut le droit romain.

Dans notre ancienne France, nous retrouvons le sénatus-consulte Velléien dans les pays de droit écrit ; puis, nous le

(1) Note dans S., 84. 2. 193. V. *infra*, III, n. 1654 s. et 1666 s.
(2) V. L. 2, § 1, Dig., liv. XVI, I.
(3) Gide, *Étude sur la condition de la femme* (édit. Esmein), p. 153 s., 191 s.

voyons se répandre même dans les pays de coutume. Il n'est pas conservé toutefois tel qu'il était au temps de l'empire romain et apparaît divers suivant les contrées. Quoi qu'il en soit, l'application du Velléien, qui s'harmonisait à merveille avec le régime dotal et la division des biens des époux en deux patrimoines distincts, se heurta dans les pays de coutume au régime de communauté, sous l'empire duquel la femme devenait l'associée de son mari, et où, les intérêts des époux se trouvant confondus, il semblait bien difficile de leur défendre de s'obliger l'un pour l'autre. L'incapacité velléienne ne pouvait pas rester intacte en face de la communauté. Un coup décisif lui fut porté par la faculté accordée à la femme de renoncer à son bénéfice dans presque tous les ressorts des Parlements. Au mois d'août 1606, un édit de Henri IV l'abrogea. Cette mesure rencontra toutefois de nombreuses résistances, et l'édit de 1606 n'ayant pas été enregistré par tous les Parlements, le sénatus-consulte Velléien était encore, au XVIII[e] siècle, appliqué dans une notable partie du royaume de France (1). Le code civil l'effaça de notre législation, en déclarant, dans son article 1123, que toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi, et en ne renouvelant dans aucun texte les anciennes prohibitions.

Mais sous l'empire de cet état de choses, voici la question qui s'est alors posée dans la pratique : N'est-il pas possible à la volonté des parties de faire revivre en totalité ou en partie le sénatus-consulte Velléien ? N'est-il pas permis de stipuler dans un contrat de mariage que la femme sera, par exemple, incapable de cautionner son mari ? L'affirmative a été jugée par un arrêt de la cour de Paris du 17 novembre 1875 (2). On décida qu'une femme séparée de biens avait pu valablement, dans son contrat de mariage, « s'interdire le droit de s'engager pour son mari ou de payer pour son compte, aucune dette, directement ou indirectement. » Cet arrêt souleva une vive émotion dans le

(1) Pothier, *Traité des obligations*, n. 333 ; Gide, *op. cit.*, p. 405 s.
(2) Paris, 17 nov. 1875, S., 76. 2. 65, D., 77. 2. 89.

monde juridique et ne fut que mollement défendu (1).

Il faut, en effet, se garder avec soin de confondre, d'une part, le domaine laissé libre à l'autonomie de la volonté, et, d'autre part, celui dans lequel le législateur a jugé opportun de restreindre la liberté individuelle en établissant des incapacités, et de porter atteinte à cette règle d'ordre public d'après laquelle, pour qu'il y ait moralité dans les transactions, leurs auteurs doivent encourir une responsabilité totale. L'établissement d'une incapacité personnelle par convention, créée de toutes pièces en dehors des textes de la loi, et qui tendrait à ressusciter, en tout ou en partie, une institution que le code a répudiée, n'est rien autre chose, comme l'a très bien dit Valette, qu'une *monstruosité juridique*.

La solution que nous venons d'accepter ainsi, nous dicte aussitôt une réponse, quand il s'agit d'apprécier la validité d'une clause par laquelle les futurs époux se proposeraient de rétablir l'incapacité velléienne dans toute son étendue.

A plus forte raison, convient-il de ne pas hésiter à déclarer nul un contrat de mariage, qui fut pourtant validé, le 6 décembre 1877, par la cour de Paris (2), aux termes duquel la femme s'interdisait le droit de s'obliger envers les tiers, même avec le consentement de son mari on de la justice. C'est aller plus loin encore que l'incapacité velléienne, puisque le sénatus-consulte, — lequel d'ailleurs, nous l'avons indiqué, s'appliquait, non pas seulement aux femmes mariées, mais aux femmes *en général*, — ne leur défendait pas d'une manière absolue de s'obliger envers les tiers, mais seulement de s'obliger et d'obliger leurs biens *dans l'intérêt d'autrui*. Tout au plus, — et encore cela serait-il très douteux étant donné l'article 1392, — une semblable clause, par une interprétation de la volonté des parties rentrant dans le domaine

(1) Il a été défendu dans un article anonyme paru dans la *Gazette des tribunaux* du 11 mars 1876. Il a été critiqué notamment par Valette, *Mélanges de droit de jurisprudence et de législation*, I, p. 513 s. ; Lyon-Caen, Note dans Sirey, 1876, 2. 65 ; Challamel, *Revue critique*, 1880, p. 1 s. ; Guillouard, *op. cit.*, I, p. 99. Planiol, *op. cit.*, t. III, (2e édit.) n. 798.

(2) Paris, 6 déc. 1877, S., 78. 2. 161, D., 78. 2. 81, et *Revue critique*, 1878, p. 289, observations de M. Vavasseur.

souverain des juges du fait, pourrait-elle être considérée comme entraînant soumission partielle au régime dotal et comme frappant la femme de l'incapacité particulière qui résulte de ce régime (1).

Les développements qui précèdent montrent que nous donnons notre entière approbation aux arrêts de la cour de Paris du 19 juin 1884 (2), et de la cour de cassation des 22 décembre 1879 (3) et 13 mai 1885 (4). Ces arrêts ont vraisemblablement clos à tout jamais la controverse dont nous venons d'esquisser la physionomie, et proscrit, au nom des principes d'ordre public, l'incapacité personnelle conventionnelle dont on avait essayé, au mépris des textes de la loi, particulièrement de l'article 6 du code civil, de frapper la femme mariée. Ils ont dénié à une semblable convention toute espèce de valeur.

En somme, il faut toujours déclarer inefficace la clause du contrat de mariage, par laquelle la femme stipulerait la nullité de ses obligations à l'égard d'autres biens que les biens dotaux, sans distinguer entre la stipulation visant la nullité de toutes ses obligations et celle qui la restreindrait aux obligations contractées dans l'intérêt du mari, par une sorte de résurrection conventionnelle du sénatus-consulte Velléien.

46. De la règle fondamentale que nous venons de dégager ainsi, d'après laquelle le contrat de mariage, en dehors des conséquences spéciales du régime dotal, ne peut pas modifier la capacité légale des époux, soit pour l'étendre, soit pour la restreindre, découlent encore d'autres conséquences pratiques.

Mentionnons la défense de porter atteinte à la capacité de tester des conjoints.

(1) En ce sens Lyon-Caen, Notes dans Sirey, 73. 2. 65 ; 78. 2. 161 ; 84. 2. 193. — *Contra* Paris, 19 juin 1884, S., 84. 2. 193, D., 86. 1. 204. — V. également Surville, *Rev. crit.*, 1892, p. 335 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 69.

(2) Paris, 19 juin 1884, S., 84. 2. 193, D., 86. 1. 204.

(3) Civ. cass., 22 déc. 1879, S., 80. 1. 125, D., 80. 1. 112 et *Rev. crit.*, 1881, p. 381, note de Labbé.

(4) Req., 13 mai 1885, S., 85. 1. 312, D., 80. 1. 204.

La capacité de donner, que réglemente entre époux l'article 1096, échappe certainement, elle aussi, aux conventions des parties. Le contraire avait prévalu dans l'ancien droit, dans le but de conserver les biens dans les familles, et comme un dernier écho de l'idée, finalement condamnée par un arrêt de règlement, d'après laquelle les contrats de mariage constituaient moins des contrats entre deux personnes qu'entre deux familles. Avec un semblable point de départ, il avait paru légitime de laisser stipuler que les époux, surtout s'ils mouraient sans enfants, ne pourraient pas se faire d'autres libéralités que celles qui étaient insérées dans le contrat de mariage (1). Aujourd'hui cela n'est plus possible. « L'époux qui renonce au droit de donner à son conjoint et de recevoir de lui, nous dit Laurent (2), fait indirectement une libéralité à ceux qui recueilleront les biens qu'il aurait pu donner ou recevoir ; c'est donc une institution contractuelle au profit des héritiers des parties contractantes ; or la loi autorise bien les institutions que des tiers feraient aux conjoints, ou qu'un conjoint fait à l'autre ; elle n'autorise pas les époux à faire des institutions au profit de leurs héritiers. » L'explication de la prohibition ainsi donnée par Laurent est assurément ingénieuse. On peut même aller plus loin, et dire, avec Bugnet (3), que cette prétendue libéralité en faveur des héritiers est une promesse de ne pas tester, constituant, à ce titre, une restriction conventionnelle illicite à la capacité des futurs époux (4).

Signalons enfin, avant de quitter la capacité et comme se plaçant sans conteste au-dessus de la volonté des parties, la règle prohibitive des ventes entre époux, écrite dans l'article 1595.

47. Au nombre des clauses prohibées en vertu de dispo-

(1) Pothier, *Traité des donations entre mari et femme*, n. 27.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 135.

(3) Bugnet sur Pothier, VII, p. 459.

(4) Civ. rej., 31 juill. 1893, S., chr. III, 1. 89. — Req., 15 juill. 1812, S. chr., IV, 1. 151. — Civ. cass., 21 déc. 1818, S. chr., V, 1. 562. — Dijon, 3 avril 1819, S. chr., VI, 2. 56. — Toullier, *op. cit.*, XII, n. 18 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n 79 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 504, texte et note 12, p. 270 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 135 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 101.

sitions spéciales de la loi, une mention particulière, dans la théorie générale que nous exposons, doit être faite de celle qui est écrite dans l'article 1399. Aux termes de cet article: « *La communauté soit légale, soit conventionnelle, com-* « *mence du jour du mariage contracté devant l'officier de* « *l'état civil; on ne peut stipuler qu'elle commencera à une* « *autre époque.* » Les époux ne peuvent donc pas stipuler que la communauté commencera soit avant, soit après la célébration du mariage. Ils ne pourraient pas non plus, en laissant à leur communauté le point de départ qui lui est assigné par la loi, limiter sa durée à un certain délai. Il serait défendu de stipuler, par exemple, que la communauté durera pendant six années à dater de la célébration du mariage, pour faire place, à partir de cette époque, à un autre régime. La loi précise la fin de la communauté (art. 1441), de même qu'elle en fixe le commencement. Sur l'un comme sur l'autre point, sa disposition a un caractère prohibitif, parce qu'elle est fondée sur des considérations d'ordre public.

Ces considérations sont d'ailleurs les mêmes, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux. L'unité de régime nous apparaît comme une conséquence nécessaire du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, proclamé par l'article 1395. Il faut donc considérer comme nulle la clause qui établirait un régime matrimonial à terme, de sorte que les époux, en vertu même de leur contrat de mariage et en dehors de toute séparation de biens judiciaire, seraient successivement mariés sous deux régimes différents. Ils changeraient ainsi de régime au cours du mariage, non en vertu d'une convention nouvelle, mais comme conséquence d'une clause de leur contrat, opérant peut-être contre leur volonté actuelle. Qui ne voit, en outre, le danger d'erreur que pourrait présenter pour les tiers la succession de régimes divers, réglant différemment la condition des époux ? Les conventions matrimoniales ont besoin de fixité (1).

(1) Bertauld, *op. cit.*, I, n. 598 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 90 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 27 et 72 ; Planiol, *op. cit.*, t. III (2e édit.), n. 827.

Si le législateur ne s'est expliqué, à ce point de vue, qu'à l'égard de la communauté, c'est dans le but d'abroger nettement les coutumes qui attribuaient ou permettaient de donner à ce régime un commencement autre que le moment du mariage. Tandis qu'il était possible, jadis, de convenir que la communauté ne commencerait, par exemple, que quand le mariage aurait duré l'an et jour (1), il est aujourd'hui défendu de valider une pareille stipulation.

47 *bis*. Mais, s'il n'est pas permis d'établir à terme un régime matrimonial, doit-on exclure également la condition? Il est, tout d'abord, un point certain dans cet ordre d'idées : c'est que l'article 1395, interdisant aux époux d'apporter à leur régime même des changements limités, les conventions matrimoniales, subordonnées à une condition potestative de la part des deux conjoints ou de l'un d'eux, sont sans valeur (2). Notre question ne peut donc être discutée que pour les conditions casuelles. Et même, parmi les conditions de cette sorte, il n'est pas contestable qu'il faille proscrire celle qui aurait pour effet de faire se succéder, au cours du mariage, deux régimes matrimoniaux. Une semblable condition, constituant plutôt un terme incertain, serait contraire au principe de l'unité du régime.

Le doute ne peut donc exister que lorsque la condition, suspensive ou résolutoire, à laquelle le régime matrimonial est subordonné par le contrat de mariage, respecterait le principe de l'unité de régime entre les époux. Par exemple, il a été stipulé au contrat de mariage, que les époux seront mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, si, lors de la dissolution du mariage, il n'existe pas d'enfants issus de leur union; tandis que, s'il en existe, ils devront être considérés comme ayant accepté le régime dotal, complété par une société d'acquêts et avec constitution en dot de tous

(1) V. Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, chap. XXI ; Pothier, *Communauté*, n. 4 et 278 ; Lebrun, *Communauté*, liv. I, ch. III, n. 10 ; Denisart, v° *Communauté*, n. 27; Renusson, *Communauté*, part. I, ch. IV, n. 8.

(2) Toullier a toutefois soutenu que la condition potestative entraîne seulement un avantage révocable fait par un conjoint à l'autre. — V. *op. cit.*, XII, n. 86.

les biens, meubles et immeubles, présents et à venir, de la future épouse. En une semblable hypothèse, c'est seulement après la dissolution du mariage que l'on saurait si les biens de la femme étaient dotaux et inaliénables, si elle a pu valablement renoncer à son hypothèque légale.

Les clauses de ce genre sont-elles valables ? Il est très permis de soutenir que non (1). D'abord la condition, — alors qu'il est bon que la loi matrimoniale apparaisse clairement aux tiers, — n'a-t-elle pas tous les inconvénients du terme, avec l'incertitude en plus ? D'autre part, la différence entre le terme et la condition n'est pas toujours aisée à préciser en ces matières. Si les anciens auteurs, comme Pothier et Lebrun, admettaient la communauté sous condition casuelle, c'est parce qu'ils décidaient aussi qu'elle pouvait être stipulée à terme, ce que le code civil interdit. On pourrait encore corroborer cette argumentation, déjà très forte, en ajoutant qu'en prohibant le terme, les rédacteurs du code civil songeaient sans doute à cette espèce de terme de l'ancien droit qui, dans certaines coutumes, équivalait à une véritable condition, d'après laquelle la communauté ne devait exister entre conjoints que si la vie commune avait duré plus de l'an et jour (2).

Il faut reconnaître toutefois que beaucoup d'auteurs (3) sont d'un avis contraire, ainsi que la jurisprudence, qui, il est vrai, n'est guère manifestée que par deux ou trois arrêts de la cour de Colmar (4).

Les défenseurs de cette doctrine font observer que le prin-

(1) Bellot des Minières, *Du contr. de mar.* (1826, III, p. 4 s. et *Régime dotal et communauté*, IV, n. 2769 ; Marcadé, sur l'art. 1399, II et III ; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 23 *bis* ; Bertauld, *op. cit.*, I, n. 599 ; de Neyremand, *Rev. prat.*, 1857, p. 121 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, 89 s. ; Troplong, I, n. 332 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 207. — Cpr. Planiol *op. cit.*, t. III, (2e édit.), n. 828.

(2) Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, ch. XXI ; Pothier, *Communauté*, n. 4. Consulter notamment Coutume du Maine, art. 508.

(3) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 86 ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 97 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 504, texte et note 9, p. 269 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 16 *bis*, II, 16 *bis*, III ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 98 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 27.

(4) Colmar, 15 avril 1834 et 28 mars 1834 (cités par Aubry et Rau). — Colmar, 8 mars 1864, D., 64. 2. 85.

cipe essentiel en notre matière est celui de la liberté des conventions, et que les rédacteurs du code civil, alors que Pothier, au n° 278 de son *Traité de la communauté*, admettait tout à la fois le terme et la condition, n'ont défendu que le terme dans l'art. 1399. Qu'est-ce à dire ? sinon que la condition doit être admise. Sans doute, ajoute-t-on, il y aura incertitude résultant de l'établissement d'un régime matrimonial sous condition ; mais c'est surtout aux époux qu'il appartient de songer à cet inconvénient. Et, puis si l'on admet qu'une communauté ne peut pas être établie, sous condition, ne faudra-t-il pas logiquement en dire autant des conventions accessoires qui peuvent modifier cette communauté, alors que l'on comprend parfaitement qu'une convention de cette nature, un ameublissement par exemple, puisse dépendre des événements de l'avenir (1) ?

48. Nous terminerons avec les règles prohibitives ou impératives, en remarquant enfin qu'il a été jugé qu'un contrat de mariage, exclusivement fait dans l'intérêt des parents des futurs époux, ne saurait être valable, en tant du moins que contrat de mariage (2).

Il est possible, en effet, que l'on soit en présence d'un contrat ordinaire soumis aux règles du droit commun. Ainsi, supposons que des parents âgés ou infirmes stipulent d'un de leurs enfants, qui va se marier, une pension viagère avec ou sans équivalent. La qualification impropre de contrat de mariage ne viciera nullement cette convention établissant une rente viagère à titre onéreux, ou réglant le taux d'une pension alimentaire due d'après la loi.

Il y aurait, au contraire nullité, s'il y avait vente par les parents de leur consentement au mariage. En une semblable hypothèse, il est évident que la stipulation d'une somme d'argent ou la constitution d'une obligation quelconque serait sans cause ou sur cause illicite.

Ces solutions nous montrent qu'il est fort possible que, dans un contrat de mariage, sans que la validité s'en trouve

(1) Cpr. *infrà* II, n. 1313-1314.

(2) Bourges, 29 janv. 1833, D. alph., v° *Contrat de mariage*, n. 89.

compromise, figurent des clauses étrangères à ce contrat, comme des reconnaissances de paternité ou de maternité, des reconnaissances de dettes. Elles n'ont rien que de très licite. Mais ces stipulations tombent-elles avec les conventions matrimoniales, quand le mariage ne se réalise pas, ou lorsque le contrat de mariage est annulé ? Forment-elles avec lui un tout indivisible, ou ne peuvent-elles pas lui survivre ? On voit en quels termes se pose la question. Nous aurons l'occasion de la retrouver et nous la résoudrons dans le sens le plus favorable à leur maintien (1).

§ V. *Le principe de liberté des conventions matrimoniales, envisagé au point de vue international.*

49. Connaissant désormais les limitations apportées par notre législateur au principe de la liberté des conventions matrimoniales, il reste à rechercher quel est leur caractère au point de vue international (2).

Au regard des nationaux français, il n'y a pas de doute. Ce sont autant de dispositions d'ordre public qui s'imposent à eux, qu'il s'agisse d'un contrat de mariage passé en pays étranger ou en France, peu importe.

Mais ces règles législatives présentent-elles le même caractère au regard des étrangers ? On ne peut répondre affirmativement ou négativement à une question de cette nature.

Des distinctions sont à faire.

Il n'est pas douteux, d'abord, que les étrangers ne peuvent porter aucune atteinte à celle des règles d'ordre public dont l'infraction constituerait un échec aux bonnes mœurs. D'autre part, l'article 1390 qui a pour but de sauvegarder l'unité législative française, nous paraît également devoir s'imposer à eux.

Restent les prohibitions des articles 1388 et 1389.

(1) V. *infra*, I, n. 205. — V. égal.I, n. 196, note.

(2) Weiss, *Traité élém. de droit int. privé*, 2e édit., p. 518 ; Surville et Arthuys, *Cours élém. de droit int. privé*, 4e édit., n. 366.

Celles qui sont édictées par l'article 1388 relèvent avant tout de la loi personnelle des parties. Par suite, si ces prohibitions doivent être considérées comme s'appliquant aux nationaux en quelque pays qu'ils se trouvent, il n'en est plus de même quand il s'agit d'étrangers, à la législation nationale desquels il faut alors se reporter (1). Des époux étrangers qui auraient modifié, par exemple, les pouvoirs que notre loi attribue au mari comme chef de l'association conjugale, ou qui, dérogeant aux règles prohibitives du code civil, n'auraient pas, notamment, tenu compte, dans leur contrat, de la défense des ventes entre époux que porte l'article 1595, pourraient donc demander en principe à nos tribunaux de valider de telles stipulations, puisque leur loi personnelle, moins restrictive que la nôtre, les leur permet.

N'exagérons pas cependant la portée pratique de ce principe. Nos tribunaux ne l'admettent que sous une double réserve. Il ne faut pas d'abord, disent-ils, que l'intérêt d'un national, ayant agi sans légèreté ni imprudence, ait à souffrir de son application (2). D'autre part, la règle posée doit s'incliner, lorsqu'elle vient se heurter chez nous à celles des règles du droit qui y sont considérées comme ayant un caractère absolu d'ordre public, et qui, à raison de ce caractère, s'imposent à tous, aux étrangers comme aux nationaux. Mais dans quels cas une convention doit-elle être tenue pour inefficace par ce dernier motif? Il n'y a là qu'une question de fait, pour la solution de laquelle le juge s'inspirera de l'état des mœurs et de la conscience publique dans son pays, au moment où la question se présente à son examen.

En partant de cette idée, notre jurisprudence, critiquée par beaucoup d'auteurs dans certaines de ses décisions, est conduite, lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère, au point de vue international, de la disposition de l'article 1389, prohibant les pactes sur succession future insérés dans un contrat de mariage, à proscrire toutes les conventions qui aboutissent à consacrer soit un droit d'aînesse, soit un privilège de mascu-

(1) Cpr. jugement Seine, 20 août 1884, *J. Clunet*, 1885, p. 76.
(2) Req., 20 fév. 1882, S., 82.1.145, note de Labbé, D., 82.1.119.

linité. Elle défend les substitutions fidéicommissaires, et va jusqu'à ne pas permettre non plus que des étrangers puissent déroger aux règles de notre loi sur la réserve et la quotité disponible. Une fois entrés dans cette voie, nos tribunaux ne savent plus guère où s'arrêter. Nous en avons un exemple notable dans une affaire qui a eu son dénouement devant la cour de cassation le 4 avril 1881 (1).

Nous venons d'indiquer ainsi le caractère, au point de vue international, des restrictions apportées par la loi française au principe de la liberté des conventions matrimoniales. Supposons désormais qu'un législateur étranger, se montrant plus restrictif que le nôtre, ait défendu à ses nationaux de stipuler tel régime matrimonial déterminé que réglemente notre code civil, ou même ait rendu le régime légal obligatoire : ces dispositions doivent-elles suivre partout les personnes pour qui elles ont été faites? Oui, à notre avis ; car ce sont là des lois qui frappent les parties d'une incapacité pour des motifs dont leur législateur doit être considéré comme le meilleur juge. D'autre part, si nous ne tenons pas compte, en France, des prohibitions édictées par la loi étrangère, n'est-il pas à craindre de voir des Français en pays étrangers affranchis des lois prohibitives françaises? Cependant, en consultant les arrêts de la jurisprudence, la doctrine que nous estimons la meilleure, paraît être répudiée (2).

(1) Civ. rej., 4 avril 1881, S., 83. 1. 65 (note de M. Louis Renault).

(2) Civ. rej., 4 mars 1857, S., 57. 1. 247, D., 57. 1. 102. — Paris, 26 janv. 1897, *Gaz. Pal.*, 10 fév. 1897. Rapp. Civ. rej., 26 juillet 1899, S., 1900. 1. 321 (note Naquet).

CHAPITRE II

IDÉE GÉNÉRALE ET ORIGINE HISTORIQUE DES DIVERS RÉGIMES MATRIMONIAUX. — RÉGIME DE DROIT COMMUN. — APERÇU DE LÉGISLATION COMPARÉE PRINCIPALEMENT SUR LE RÉGIME LÉGAL ADMIS DANS LES ÉTATS ÉTRANGERS. — CONFLITS DE LÉGISLATIONS ET LEURS SOLUTIONS.

§ I. *Idée générale et origine historique des divers régimes matrimoniaux.*

50. Le législateur ne s'est pas borné à proclamer le principe de la liberté des conventions matrimoniales et à en marquer l'étendue par une énumération des clauses qu'il déclare illicites. Il lui a paru, surtout après avoir prohibé le renvoi aux anciennes coutumes, qu'il importait de présenter, à l'occasion de toutes les clauses plus ou moins prévues par ces coutumes ou par leurs commentateurs, un ensemble de textes suffisamment complets, pour que les futurs époux ou leurs conseils eussent, à la lecture du code, une vue assez nette des divers régimes et pussent choisir d'une façon plus éclairée. D'autre part, en présence d'une législation interprétative des principaux types de conventions matrimoniales, les tiers en apprécieront mieux les effets, et, après la dissolution du mariage, moins de contestations viendront compliquer l'exercice de chacun des droits des époux ou de leurs représentants.

Dans le titre du Contrat de mariage, la mission du législateur a donc consisté principalement à tracer une série de contrats de mariage modèles, entre lesquels les futurs époux n'auront guère qu'à exercer leur choix, sans avoir à redouter de rédiger des conventions matrimoniales obscures, incomplètes ou contradictoires.

Les rédacteurs du code civil n'eurent guère d'hésitation sur la construction de ces différents types de contrat de mariage. Ils savaient combien les habitudes sont vivaces, combien les traditions sont respectables. Praticiens émérites pour

la plupart, ils ne songèrent même pas à chercher en dehors des clauses et combinaisons consacrées par les mœurs, éprouvées et perfectionnées par l'expérience d'une série de générations. Notre ancien droit leur offrait au surplus les régimes matrimoniaux les plus variés.

51. La célèbre division de la France en pays de droit écrit et pays de droit coutumier apparaît, en notre matière, particulièrement tranchée.

Sans doute, une idée commune se retrouve dans les deux régions. Partout le mari est le chef du ménage; il est seul responsable envers les tiers de toutes les dépenses dont ce ménage est l'occasion; mais, partout aussi, on admet que la femme doit équitablement y contribuer dans la mesure de ses ressources.

C'est dans la manière d'établir cette contribution que le droit écrit et le droit coutumier différaient profondément.

52. Dans les pays de droit écrit, où les Parlements suivaient, en les tempérant à beaucoup d'égards, les traditions romaines (1), le régime par excellence était le régime dotal, qui ne confond nullement les intérêts pécuniaires des époux, dont les patrimoines restent séparés.

Chez les Romains, lorsque le mariage libre se fut substitué au mariage accompagné de la *manus*, la femme indépendante au regard de son mari, conserva non seulement la propriété, mais encore la jouissance et l'administration de ses biens. Pour contribuer aux charges du ménage, dont tout le poids incombait à l'époux, elle lui remettait des biens, constituant ce que l'on appelait la dot et que le mari obtint d'abord en pleine propriété. Mais, peu à peu, ce droit de propriété fut atténué et réduit à n'être guère qu'une sorte d'usufruit. Cependant, comme il subsista quelques vestiges de l'ancien droit de propriété qui appartint à l'origine au mari et aussi par habitude, on continua à dire, — expression qui s'est maintenue à travers l'ancien droit jusqu'à nos jours, — que le mari est *dominus dotis*.

(1) Brissaud, *op. cit.*, p. 1689. Lefebvre, *Introduction à l'histoire du droit matrimonial*, II, 44.

Il est évident qu'il ne nous appartient pas de retracer ici, avec détails, l'histoire du développement en droit romain des deux causes de restriction des droits du mari sur les biens dotaux. Qu'il nous suffise de rappeler l'inaliénabilité, née au début de l'Empire romain, puis singulièrement accentuée par les constitutions de Justinien, et l'obligation de restituer la dot, qui se développa parallèlement à l'inaliénabilité, au point de faire prévaloir finalement cette règle, à savoir que toute dot doit être restituée par le mari à la dissolution du mariage.

Nous n'avons pas davantage à dresser ici le tableau de la jurisprudence des divers Parlements des pays de dotalité, qu'il sera nécessaire, à l'occasion, de résumer en quelques points à l'effet de mieux comprendre certaines questions délicates de notre droit (1). Contentons-nous de constater pour le moment que, si les anciens Parlements laissent au mari des pouvoirs très étendus pour l'administration de la dot, — dont les revenus lui sont abandonnés à forfait comme représentation de la part contributoire de la femme dans les dépenses communes, — l'obligation de restituer la dot est devenue la règle dans les pays de droit écrit. Notons également que l'inaliénabilité dotale est restée au premier rang des garanties de cette restitution. Le mari et la femme, agissant même conjointement, ne peuvent pas valablement aliéner la dot; et comme corrélation, la femme se trouve frappée de l'incapacité de l'engager par ses obligations (2).

53. Dans les provinces coutumières, à l'exception de la Normandie, où le régime matrimonial présente un caractère particulier que nous indiquerons un peu plus loin (3), le régime de droit commun est celui de la communauté des meubles et acquêts. Cette communauté, comprenant la propriété des biens *meubles* qui appartenaient aux époux au jour du mariage comme de ceux qui leur advenaient par la suite, avait pour ces sortes de biens la même étendue qu'une

(1) Sur le régime dotal dans notre ancienne France, il est intéressant de consulter spécialement le ***Traité de la dot*** de Roussilhe.

(2) Roussilhe, *op. cit.* (édit. Sacase), n. 379 s., p. 278.

(3) V. *infra*, I, n. 54.

communauté universelle. Mais, quant aux immeubles appartenant aux conjoints au jour du mariage, ou qu'ils acquéraient pendant sa durée par donation ou succession, ils restaient propres aux époux, et la jouissance seulement de ces biens tombait dans la communauté. La masse à partager entre les conjoints à la dissolution du régime comprenait, enfin, les immeubles acquis à titre onéreux au cours de l'union conjugale, au moyen d'économies réalisées sur les revenus ou sur les produits de l'industrie des époux après que les charges du ménage avaient été acquittées. Ces biens constituaient ce que l'on appelait les *acquêts* ou *conquêts*. La distinction que fait ainsi apparaître la communauté entre les biens propres d'une part, et d'autre part les meubles et acquêts, n'est pas sans éveiller le souvenir de celle qui existait, à cette époque, entre la succession aux meubles et acquêts et la succession aux immeubles propres.

Quoi qu'il en soit, si l'on se demande quelle est l'origine de la communauté que nous venons de caractériser telle qu'elle existait au moment de la rédaction du code civil, — notamment dans les articles 220 de la coutume de Paris et 186 de la coutume d'Orléans, qui formaient le droit commun de la France coutumière, — on se trouve en présence d'un problème historique des plus intéressants. Il avait déjà passionné nos anciens auteurs (1), mais nous n'avons pas ici à l'approfondir.

Il est incontestable, bien que cette législation ne répugnât nullement à l'idée d'une société de biens entre époux, que la communauté ne vient pas du droit romain. Laurière a, sur ce point, exagéré l'influence de ce droit (2).

Il n'est pas davantage établi qu'on doive considérer la

(1) V. notamment Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne* (édit. 1788), II, p. 1027 s.

(2) Laurière, *Textes des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris* (édit. 1777), II, p. 185. — Laurière, qui considère comme indubitable que c'est en partie des Romains que nous avons pris le droit de communauté, reconnaît que c'est seulement sous les rois de la troisième race que la femme eut une partie des biens, non plus comme donataire ou héritière, mais comme commune. Il signale, toutefois, déjà des traces de copropriété au VIIe siècle d'après les formules de Marculfe. Cpr. Typaldo-Bassia, *La communauté de biens conjugale*

communauté comme ayant été usitée chez les Gaulois. Vainement a-t-on invoqué en ce sens un passage célèbre de César, dans sa Guerre des Gaules. Ce passage est trop obscur, la clause décrite d'un usage trop compliqué, pour qu'il soit permis d'induire avec quelque certitude que la communauté ait été, sous cette forme, usitée chez nos ancêtres. Aussi bien, du reste, n'est-il pas question d'une vraie communauté dans le passage de César (1).

En trouvons-nous des traces plus certaines dans les coutumes germaniques (2)? C'est peut-être là, — il est possible de le conjecturer, — que se trouve son point de départ.

Le droit germanique soumettait la femme (sa personne et ses biens) au pouvoir du mari *(mundium)*. Le mari jouissait des biens de la femme avec des pouvoirs d'administration très étendus. Au début, cette association de biens ne donna à l'épouse aucune participation aux économies réalisées au cours du mariage. Mais avec le développement des coutumes germaniques, on vit apparaître ce principe que la femme, au moins quand elle survit, a droit à une certaine part des acquêts. Il en est ainsi dans les lois des Ripuaires (3) et des

dans l'ancien droit français, Paris, 1904. Brissaud, *op. cit.*, p. 1695 s, rattache la société d'acquêts jointe au régime dotal en usage dans le sud-ouest de la France aux origines wisigothiques de la société d'acquêts espagnole.

(1) César, *De Bello gallico*, liv. VI, n. 19 ou 20. — V. Ragueau, *Sur la Coutume de Berry*, p. 257; Grosley, *Recherches pour servir à l'histoire du droit français;* Bernardi, *Histoire du Droit français*, p. 6; Berlier, *Précis historique des Gaules*, p. 276; Amédée Thierry, *Histoire des Gaulois*, I, p. 472; Pardessus, *Mémoires sur l'origine du droit coutumier*, p. 674; Pasquier, *Recherches*, p. 398. — *Contra*, Troplong, *op. cit.*, I, Préface, p. 99 s.; Ginoulhiac, *Histoire du Droit français*, p. 26-27. — Sur ce texte de César consulter aussi Humbert, *Du régime nuptial des Gaulois*, *Revue historique*, IV, p. 517 s.; Viollet, *Hist. du droit civil français*, p. 5 s.; Glasson, *Hist. du droit et des institutions de la France*, I, p. 111 s.; d'Arbois de Jubainville, *Recherches sur l'origine de la propriété en Occident*, p. 109 s.; P. Collinet, *Rev. celt.*, 1896, XVII, p. 321 s.; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n° 890; Brissaud, *op. cit.*, p. 429 s., note 2.

(2) Lebrun (*Communauté*, chap. I, n. 4) et Bouhier (*Observations sur la Coutume de Bourgogne*, II, p. 1027 s.), notamment, sont partisans de l'origine germanique de la communauté. Dans son *Histoire du Droit français* (II, p. 79 s., édit. 1852-1853) Laferrière a combattu cette doctrine, qui est au contraire acceptée par Viollet, *Histoire du Droit français*, p. 773.

(3) *Lois des Ripuaires*, tit. 37, § 2, Brissaud, *op. cit.*, p. 1653.

Saxons (1) par exemple. Ce n'était pas toutefois la règle générale. Cette règle était, en effet, que le mari devait rendre seulement à la femme ses biens, en gardant les économies, comme dans le régime sans communauté (2) avec lequel le régime de droit commun en Allemagne a encore tant d'affinités. Quoi qu'il en soit, dans certaines lois, la femme avait une part des acquêts. Ceci constituait peut-être plutôt à son profit un gain de survie qu'un droit de communauté (3).

Il est beaucoup plus vraisemblable que la communauté, qui n'est devenue fréquente qu'au moyen âge, s'est vraiment constituée en France. Elle y a été le produit d'une longue élaboration, d'une lente évolution. L'idée première très ancienne sans doute, a pris un développement extraordinaire quand elle s'est trouvée dans un milieu favorable, à l'époque où l'on voit se multiplier dans notre pays les sociétés *taisibles* et où il suffit, pour être en communauté, de vivre d'une vie commune, « au même pain et pot » durant l'an et jour. Ce qui montre bien que telle doit être l'origine directe de communauté, c'est que l'on rencontre précisément, dans certaines coutumes, cette condition d'an et jour pour que la société conjugale s'établisse (4). Ce rapprochement, qui, dès le XIIIe siècle, semble ne pas avoir échappé à Beaumanoir, paraît concluant (5).

En faut-il conclure, que la communauté s'est plus rapide-

(1) *Lois des Saxons.* tit. 8, *De acquisitis;* Brissaud, *op. cit.*, p. 1654.

(2) V. *infra*, I, n. 72 et III, n. 1459 s.

(3) Planiol, 2e éd., III, n. 890; Brissaud, *op. cit.*, p. 1698 s. Cpr. Beauchet, Préface de l'ouvrage précité Typaldo-Bassia. Notre savant collègue est d'avis que la communauté est d'origine germanique; il en trouve la preuve, notamment, dans les régimes scandinaves.

(4) Il en était ainsi notamment dans les coutumes d'Anjou, du Maine, du Grand-Perche et de Chartres. — Pothier, *Communauté*, n. 5.

(5) Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, ch. XXI. — Cpr. *Coutume* (texte inédit) *de Clermont en Beauvaisis* de 1496 publié par Testaud, *Revue historique*, année 1903, art. 225 de cette coutume. — Cpr. également Tardif, *Les origines de la communauté*, p. 18; Laferrière, *Histoire du Droit français*, I, p. 180; Glasson, *op. cit.*, VII, p. 358 s.; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, p. 15, note 1; Troplong, *op. cit.*, Préface, p. 116, 120 s.; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 17; Brissaud, *op. cit*, p. 1703, s.

ment propagée parmi les roturiers que parmi les nobles? La question est douteuse (1).

54. Ainsi que nous l'avons indiqué chemin faisant, le régime matrimonial présente en Normandie une physionomie spéciale qu'il n'est pas sans intérêt de signaler en quelques mots.

On dit généralement, et on y est encouragé par les jurisconsultes historiens, comme Houard, que la coutume normande prohibait la communauté et n'attribuait à la femme que des droits de succession (2).

On fait observer en ce sens, que la coutume de Normandie admettait une sorte d'inaliénabilité de la dot la rapprochant du droit romain. On invoque, en outre, un certain nombre de textes que nous allons signaler. L'article 330 de la coutume édicte d'abord la disposition que voici : « Quelqu'accord ou convenant qui ait été fait par contrat de mariage et en faveur d'icelui, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts faits par le mari, que ce qui leur appartient par la coutume, à laquelle les contractants ne peuvent déroger. » L'article 389 ajoute: « Les personnes conjointes par mariage *ne sont communes en biens*, soit meubles ou conquêts immeubles, ainsi les femmes n'y ont rien qu'après la mort du mari. » Puis l'article 394 parle de renonciation faite par la femme, non pas à une communauté, mais à la succession de son mari, et l'article 81 des Placités qualifie la femme d'héritière de son mari.

(1) Pour l'affirmative V. Brissaud, *op. cit.*, 1706 s.; pour la négative, Planiol III, 2e éd., n. 894, 895.

(2) Houard, *Dict. de la Cout. de Normandie*, v° *Communauté*; Basnage, sur art. 329 de la cout. de Normandie et sur l'art. 331, *Œuvres*, I, p. 534, 550, II, p. 78 et 79; Bérault, sur l'art. 329 s.; Flaust, I, p. 380 s. — V. également Pothier, *Tr. de la communauté, Article préliminaire*, n. 7; Lebrun, *Communauté*, ch. I, n. 8. — Cpr. Troplong, *op. cit.*, Préface, p. 144; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 316; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. p. 214, note 1; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 23, 24, 25; Mérignhac, *Tr. du régime de la communauté*, n. 8; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 3; Huc, *op. cit.*, IX, n. 7; Brissaud, *op, cit*, p. 1675 à 1682; A. Colin, *Le droit des gens mariés dans la coutume de Normandie, Nouvelle Revue historique*, 1892, p. 427, s.; V. également Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Normandie*, n. 62 (article dû au savant doyen de la Faculté de Caen, Georges Delisle).

Donc, dit-on, les droits de la femme sur les conquêts et les meubles du mari ne constituent que des gains de survie, et la coutume normande ne reconnaît pas la communauté.

Tel a bien été, en effet, le caractère du droit matrimonial normand dans l'ancienne coutume.

Toutefois, déjà, ainsi que l'indique M. Glasson (1), il importe d'observer que l'inaliénabilité de la dot normande ne venait pas du droit romain. Elle était plutôt la conséquence de l'humble condition, dans laquelle se trouvait la femme vis-à-vis de son mari, et qui aboutissait à un amoindrissement considérable de la personnalité juridique de l'épouse. La femme, à raison de cette condition effacée, ne pouvait pas donner un consentement suffisant à l'aliénation de ses biens. Quant au mari, il n'avait point qualité pour les aliéner puisqu'il n'en était pas propriétaire. L'inaliénabilité de la dot normande diffère donc de celle de la dot en droit romain. On ne saurait raisonner par analogie de l'une à l'autre.

Mais il y a mieux, et, dans la coutume nouvelle, nous voyons une certaine évolution s'opérer en faveur de l'idée de communauté entre époux. Il résulte, en effet, de l'article 329 que « la femme, après la mort du mari, a la moitié en propriété des conquêts faits en bourgage (c'est-à-dire dans l'enceinte des villes et des bourgs) constant le mariage; et quant aux conquêts faits hors bourgage, la femme a la moitié en propriété au bailliage de Gisors », auquel on peut ajouter quelques autres localités. D'autre part et surtout, Basnage signale, non sans raison, les traces d'un droit de communauté dans l'article 331 de la coutume. Ce texte suppose que le droit de propriété a existé au profit de la femme « constant le mariage » et qu'il passe aux héritiers de celle-ci, puisque ledit article 331 déclare que le mari en a seulement l'usufruit sa vie durant. On peut également noter, en faveur de l'idée de communauté dans une certaine mesure, l'article 80 des Placités déclarant que la femme séparée de biens, même par contrat de mariage, n'a aucune part ni aux meu-

(1) Glasson, *Hist. des institutions d'Angleterre*, II, ch. IV, § 58.

bles de la succession du mari, ni aux conquêts qu'il a faits depuis la séparation.

En somme, la coutume normande paraît nous offrir le spectacle curieux d'un droit matrimonial qui s'est fixé en pleine évolution, au moment où le droit de succession de la femme se transforme en droit de communauté, et où l'épouse, d'héritière qu'elle est, tend à devenir l'associée de son mari. Les droits de la femme normande sur les conquêts semblent s'être immobilisés à cette période de transition entre les droits de succession et les droits de société, qu'ils paraissent avoir franchie dans la plupart des autres coutumes avant le XII[e] siècle.

55. Quoi qu'il en soit, au moment où il s'agit de rédiger le code civil, la rivalité nous apparaît grande entre les jurisconsultes coutumiers et les dotalistes. Dans les discussions préparatoires, elle se manifeste de façon à justifier, une fois de plus, « cette tyrannie des longs et anciens usages », dont parle Pasquier en ses *Recherches* (1).

Les rédacteurs du projet avaient fait au régime dotal une place des plus modestes; ils ne lui consacraient guère que quelques articles dans le chapitre des conventions dérogeant à la communauté.

Leur préférence se manifestait ainsi doublement en faveur de ce dernier régime. D'une part, la communauté devenait le régime de droit commun, c'est-à-dire celui de toutes les personnes qui se mariaient sans contrat. D'autre part, il fallait des stipulations formelles pour s'en écarter. Si les biens stipulés dotaux étaient exclus de la communauté, ils n'étaient pas pour cela frappés d'inaliénabilité, à moins d'une clause additionnelle l'établissant sans équivoque (art. 123). Les biens laissés en dehors de la constitution de dot devaient rester soumis aux règles de la communauté, à moins que la femme ne se les fût réservés comme paraphernaux (art. 118 à 120).

Le projet de la commission de l'an VIII obligeait ainsi les populations des pays de dotalité à une rigueur de stipula-

(1) Liv. IV, p. 500.

tions en désaccord avec leurs habitudes, et qui les eût exposées à bien des surprises. L'intention probable des contractants aurait été trop souvent sacrifiée, en haine de la dotalité ou même de la paraphernalité des biens de la femme.

Et pourtant, la section de législation du conseil d'État voulut aller plus loin encore. L'article 138 de la nouvelle rédaction prohibait la clause d'inaliénabilité, et l'article 133 complétait la suppression du régime dotal en assimilant les biens dotaux aux biens propres soumis, dans les traditions coutumières, au régime exclusif de communauté.

56. Dans la discussion, qui s'ouvrit le 29 septembre 1803 (6 vendémiaire an XII), Berlier posa tout d'abord, avec une grande netteté, la question de savoir quel serait le régime de droit commun, c'est-à-dire celui des personnes qui, ayant le moins de fortune, se marient sans contrat et désirent ne faire les frais d'aucun acte (1).

Ce fut le régime de la communauté des meubles et acquêts, — que le projet de code civil avait réglementé en s'inspirant des articles 220 de la coutume de Paris et 186 de la coutume d'Orléans, — qui l'emporta dans une seconde discussion, le 13 vendémiaire an XII. L'article 1393 consacre ce principe en ces termes : « *A défaut de stipulations spé-* « *ciales qui dérogent au régime de la communauté ou le* « *modifient, les règles établies dans la première partie du* « *chapitre II formeront le droit commun de la France.* »

57. Bérenger avait proposé, comme régime de droit commun, la communauté universelle de tous les biens qui, disait-il, est plus conforme à la nature de la société conjugale (2). C'était dépasser le but, car si la distinction du tien et du mien doit généreusement être oubliée par chaque époux durant le mariage, on conçoit qu'il n'en soit plus ainsi après sa dissolution. En confondant tous les biens des époux en une seule masse qui, finalement, se serait partagée par moitié, on aurait exposé le survivant à reprendre beaucoup moins que sa mise en communauté et à se voir, de son vivant,

(1) Locré, XIII, p. 146 s. et 183 s.; Fenet, XIII, p. 523 s. et 570 s.
(2) Locré, XIII, p. 183 ; Fenet, XIII, p. 552.

enlever une partie de ses biens par les héritiers de son conjoint prédécédé, peut-être par des collatéraux éloignés. Le principe de la conservation des biens dans les familles aurait ainsi subi de trop graves atteintes.

D'ailleurs la communauté universelle de tous les biens, meubles et immeubles, n'a jamais eu de racines dans nos mœurs. Le mouvement est en sens opposé.

58. La communauté réduite aux acquêts, — régime de ceux qui, lors de leur union, possèdent quelque bien, — gagne chaque jour du terrain, d'autant mieux que, tout en étant d'un usage général dans les anciens pays de communauté, elle se combine aisément avec les clauses d'inaliénabilité des biens personnels de la femme dans les pays de dotalité (1)

Étant donné les avantages qu'elle présente et sa fréquence, il ne faut dès lors pas s'étonner que la société d'acquêts ait été recommandée par Maleville comme régime de droit commun (2).

Cette proposition toutefois ne fut pas accueillie, car le régime de communauté d'acquêts, ayant pour effet d'exclure de la communauté les meubles, exige la rédaction d'un inventaire. Or, fit observer Tronchet, il faut que le régime de droit commun ne suppose pas d'écrit, puisqu'il doit s'appliquer à ceux qui, lors de leur mariage, se trouvent trop pauvres pour faire les frais d'un inventaire ou d'un acte quelconque (3).

59. Nous noterons enfin, sans insister autrement, qu'une proposition de Portalis, tendant à faire de la séparation de biens le régime de droit commun, ne reçut pas bon accueil (4).

60. Il arrive souvent que l'on critique la préférence manifestée par les rédacteurs de notre code pour la commmunauté des meubles et acquêts, en leur reprochant d'avoir oublié, au moment où ils l'ont adoptée comme régime de droit commun, qu'ils avaient, dans la distinction des biens, sup-

(1) V. *infra*, III, n. 1934 s.

(2) Locré XIII, p. 180 s. et p. 202; Fenet, XIII, p. 549 s. et 570.

(3) Locré, XIII, p. 185; Fenet, XIII, p. 553. — V. également, Berlier, Locré, XIII, p, 182, 183; Fenet, XIII, p. 555.

(4) Locré XIII, p. 150; Fenet, XIII, p. 526.

primé la plupart des immeubles fictifs et par suite singulièrement grossi le patrimoine mobilier. Cent mille francs de rente inscrits sur le Grand-Livre vont tomber dans la communauté, alors qu'une bicoque de cent francs n'y entrera pas (1). C'est à tort cependant que l'on accuse nos législateurs d'avoir oublié la réforme qu'ils venaient d'opérer. Il suffit de se reporter à la discussion pour s'en convaincre.

C'est ainsi que, sur la proposition de Treilhard, l'article 11 du projet excluait de la communauté les capitaux de rentes. Cambacérès demanda, de son côté, d'étendre cette règle aux capitaux dont l'origine est attestée par des titres authentiques (2). Mais Tronchet, se fondant sur les mêmes motifs que ceux qui doivent faire exclure la société d'acquêts comme régime de droit commun, à savoir qu'aucun acte écrit ne doit être nécessaire, fit écarter finalement ces propositions, en observant qu'il fallait s'en remettre aux parties du soin d'excepter de la communauté, par des stipulations particulières, les capitaux qu'elles jugeront trop considérables pour y tomber (3).

61. Le problème du choix d'un régime de droit commun une fois résolu, il ne s'agissait plus que de savoir quelles concessions seraient faites aux traditions des pays de dotalité. Celles-ci avaient été trop peu respectées dans le projet de la commission de l'an VIII, et moins encore dans celui de la section de législation du Conseil d'État, puisqu'on y prohibait l'inaliénabilité dotale. De vives réclamations se produisirent, et l'on dut leur donner satisfaction. Cambacérès et Maleville demandèrent qu'on rassemblât toutes les règles du droit écrit sur la matière des conventions matrimoniales et qu'elles fussent présentées avec autant de développements que celles qui concernent la communauté

(1) Wolowski, *De la société conjugale;* Kœnigswarter, *Histoire de l'organisation de la famille en France*, p. 285.

(2) Locré, XIII, p. 188; Fenet, XIII, p. 555, 557.

(3) Locré XIII, p. 184, 190; Fenet, XIII, p. 556, 558. — L'article 1324 du code civil espagnol montre que, là où la communauté d'acquêts forme le droit commun, la rédaction d'un contrat de mariage ou d'un inventaire s'impose, et que le législateur doit en faciliter la rédaction aux conjoints peu fortunés.

légale (1). Sur les instances de Portalis, ils obtinrent gain de cause dans la séance du 6 octobre 1803 (2). Après avoir réglementé, dans le chapitre deuxième du titre du Contrat de mariage, les régimes des pays coutumiers, on consacra un chapitre à part, le troisième de ce titre, au régime dotal.

62. En réalité, les rédacteurs du code civil ont tracé les règles de quatre régimes principaux. Nous allons en donner une idée sommaire :

1° *Régime de communauté ou régime en communauté.* Sous ce régime, comme sa qualification l'indique, il existe un fonds commun aux deux époux, composé de certains biens, les meubles et les acquêts, ainsi que nous l'établirons plus tard avec plus de précision et de détail. Ce fonds est destiné à subvenir aux dépenses du ménage tant que dure la vie commune, puis à être partagé finalement entre les époux ou leurs représentants lors de la dissolution de l'association conjugale. Le fonds commun constitue *la communauté.* Ceux des biens de chaque époux qui n'y entrent pas forment son patrimoine *propre.* Il y a donc, sous ce régime, trois patrimoines à considérer : le patrimoine propre du mari, le patrimoine propre de la femme et le patrimoine commun aux deux époux ou patrimoine de la communauté ; c'est au mari qu'appartient l'administration de ces trois patrimoines.

La communauté est dite *légale* quand les parties l'ont acceptée telle que la loi l'organise ; *conventionnelle* quand elles l'ont plus ou moins modifiée par leur contrat de mariage (3).

2° *Régime d'exclusion de communauté ou sans communauté.* On a pu dire que ce second régime, également

(1) Locré, XIII, p. 158, 161; Fenet, XIII, p. 534 et 537.

(2) Locré, XIII, p. 206 à 209; Fenet, XIII, p. 573 s.

(3) Notre langage actuel n'est pas conforme à celui de nos vieux auteurs. Pothier disait, en effet, que la communauté légale est celle qui est établie à défaut de contrat, tandis que la communauté conventionnelle est celle qui est établie par contrat (*Communauté, article préliminaire,* n^os^ 8, 9 et 10). Dans ce langage de Pothier, la communauté conventionnelle peut avoir les mêmes effets que la communauté légale, tandis qu'il n'en est plus ainsi dans notre droit actuel où le langage est différent.

emprunté aux traditions coutumières, était le régime de communauté sans biens communs. Chaque époux conserve en propre la fortune qu'il a apportée lors du mariage ou qui lui advient pendant sa durée. Le mari administre, outre ses biens personnels, ceux de sa femme, et jouit de tous les revenus de celle-ci, sous la seule obligation de satisfaire aux charges du ménage ; les économies qu'il réalise lui appartiennent en totalité.

3° *Régime de séparation de biens.* Sous ce régime, comme sous le précédent, tous les biens de chaque époux lui demeurent propres, biens présents et biens à venir. Mais, à la différence de ce qui a lieu sous l'exclusion de communauté, le mari n'a ni l'administration, ni la jouissance des biens personnels de sa femme : c'est la femme qui administre son patrimoine et qui en jouit, sous l'obligation toutefois de verser chaque année une certaine portion de ses revenus entre les mains du mari pour l'aider à supporter les charges du ménage. Cette portion est fixée au tiers, si le contrat de mariage n'en a décidé autrement.

Nous venons de décrire ainsi, sommairement, le régime de séparation de biens *contractuel*, c'est-à-dire celui qui est établi par contrat de mariage.

Il existait dans les pays de régime dotal, comme dans les pays de communauté. Dans les premiers, on disait alors que tous les biens de la femme étaient *paraphernaux*. (Cpr. les art. 1575 et 1576 aux art. 1537 et 1538.)

A côté de la séparation de biens contractuelle existe la séparation de biens dite *judiciaire*. Elle se produit lorsque, par suite du désordre des affaires du mari, il devient nécessaire, au cours du mariage, de lui retirer l'administration et la jouissance des biens de sa femme. Par respect pour le principe de l'immutablité des conventions matrimoniales, et pour éviter une substitution non justifiée de la séparation de biens au régime originairement stipulé au contrat de mariage, le législateur exige que cette séparation soit prononcée en justice après constatation du péril de la dot de la femme.

La séparation de biens judiciaire, comme la séparation de biens contractuelle, figure parmi les régimes des pays

de communauté, comme parmi ceux qui furent usités dans les pays de dotalité (Cpr. art. 1443 s. et art. 1563).

Enfin, la séparation de biens résulte de plein droit du jugement de séparation de corps (art. 311) qui met fin à la vie commune des époux.

4° *Régime dotal.* Les biens de la femme mariée sous ce régime se divisent en deux catégories : les biens *dotaux* et les biens *paraphernaux* ou *extra-dotaux*. Sont *dotaux*, tous les biens que la femme s'est constitués en dot ou qui lui ont été donnés en contrat de mariage (art. 1541) ; tous les autres biens de la femme sont *paraphernaux*.

Les biens dotaux, au moins les immeubles, seront inaliénables pendant toute la durée du mariage. Le mari en a l'administration et la jouissance sous la seule obligation de satisfaire aux charges du ménage ; il profite, par conséquent, des économies qu'il réalise sur les revenus de ces biens, comme sur ceux de ses biens propres.

Au contraire, c'est à la femme qu'appartiennent l'administration et la jouissance des biens paraphernaux : elle dispose librement des revenus de ces biens, sauf l'exception portée en l'article 1575.

Le régime dotal, nous venons de le dire (1), a été admis en quelque sorte à regret par notre législateur, et les époux ne peuvent s'y soumettre que par une stipulation expresse. Toutefois, ici, pas plus qu'ailleurs, la loi ne requiert l'emploi de termes sacramentels : il suffit que la volonté des parties soit manifestée de telle manière qu'elle ne puisse présenter aucun doute. Cela résulte de l'article 1392, ainsi conçu : « *La simple stipulation que la femme se constitue « ou qu'il lui est constitué des biens en dot, ne suffit pas « pour soumettre ces biens au régime dotal, s'il n'y a dans « le contrat de mariage une déclaration expresse à cet « égard. — La soumission au régime dotal ne résulte pas « non plus de la simple déclaration faite par les époux, « qu'ils se marient sans communauté ou qu'ils seront séparés « de biens.* »

(1) V. *supra*, I, n. 55 s.

63. Aux termes de l'article 1391 : « *Ils* [les époux] *peu-* « *vent... déclarer d'une manière générale, qu'ils entendent* « *se marier ou sous le régime de la communauté, ou sous* « *le régime dotal. — Au premier cas, et sous le régime de* « *la communauté, les droits des époux et de leurs héritiers* « *seront réglés par les dispositions du chapitre II du présent* « *titre. — Au deuxième cas, et sous le régime dotal, leurs* « *droits seront réglés par les dispositions du chapitre III.* » Ainsi, les futurs époux, qui veulent se soumettre au régime de la communauté ou au régime dotal, peuvent se borner à un renvoi pur et simple aux dispositions du code civil, en disant, par exemple, qu'ils adoptent le régime dotal tel qu'il est organisé par le code civil, ou simplement qu'ils adoptent le régime dotal. Un renvoi au code civil n'offre aucun des inconvénients que présenterait le renvoi à une loi ou coutume aujourd'hui abrogée, inconvénients qui ont motivé la disposition de l'article 1390. Aussi, faut-il décider, sans hésitation, que ce n'est pas seulement, comme semble le dire l'article 1391, quand les époux veulent se marier sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal qu'ils peuvent se référer d'une manière générale aux dispositions du code civil, mais encore quand ils veulent adopter l'un des autres régimes organisés par ce code, tel que l'exclusion de communauté ou la séparation de biens.

64. Nous venons d'esquisser ainsi la physionomie générale des quatre principaux régimes matrimoniaux du droit français (1).

La plupart de ces régimes comportent une série en quelque sorte indéfinie de modifications.

(1) Il peut être intéressant de voir vers quels régimes matrimoniaux se portent les préférences des futurs époux. Nous le pouvons grâce à une statistique des contrats de mariage établie par les soins de l'Administration de l'enregistrement et publiée en 1899 dans le *Bulletin de statistique* (p. 141 à 145).

En 1898, il avait été passé en France 82.346 contrats de mariage. Or, dans les années précédentes, le nombre des mariages n'était pas descendu au-dessous de 280.000 et avait plusieurs fois dépassé le chiffre de 290.000.

C'est, en moyenne, chaque année, plus de 200.000 mariages célébrés sans contrat et soumis dès lors à la communauté légale.

Voici comment se répartissent les 82.346 contrats de mariage passés en 1898

65. Nous verrons, plus tard, comment les parties, tout en conservant le régime de la communauté, peuvent modifier profondément les règles du partage égal du fonds commun (art. 1474, 1515 à 1525) (1), ou bien en faire varier la composition active et passive depuis la communauté universelle de tous biens (art. 1526) (2), jusqu'à la communauté réduite aux acquêts (art. 1498) (3), en passant par une suite de degrés

A. 1° Un très petit nombre de contrats de mariage sont dressés chaque année pour adopter la communauté légale. Il y en a eu en 1898. 866

2° Le nombre des contrats stipulant la communauté universelle est encore plus faible; en 1898, il est de. 258

C'est encore plus d'un millier de ménages acquis à la communauté légale ou à une communauté plus étendue 1.124

B. La très grande majorité des contrats de mariage réduit purement et simplement la communauté aux acquêts.

En 1898, nous trouvons en ce sens plus des 8/10 des contrats . . . 67.288

Encore peut-on revendiquer dans une certaine mesure en faveur du régime de communauté les contrats où le régime dotal est tempéré par une société d'acquêts.

En 1893, il y en a eu. 4.560

Ainsi, en 1898, les contrats de mariage stipulant la communauté se sont élevés à 72 972

C. Il ne reste donc pas même six mille contrats adoptant le régime dotal pur { avec paraphernalité. . . . . 2.849 ; sans paraphernalité . . . . . 2 703 } 5.552

Si nous ajoutons à ce chiffre les contrats que l'on peut qualifier mixtes parce que le régime dotal et la société d'acquêts y sont réunis, soit : 4.560

nous trouvons que le régime dotal peut seulement revendiquer environ 10.000 contrats de mariage 10.122

D. Enfin, les séparations de biens contractuelles se sont élevées à. . 2.128

et les régimes de non-communauté à. 1.694

Si à ces deux nombres nous ajoutons les contrats adoptant le régime dotal pur. 5.552

le total des contrats qui, en 1898, ont exclu toute communauté a été de 9.374

Le nombre total des contrats stipulant la communauté, le plus souvent restreinte aux acquêts, s'est élevé à 72.972

Nombre total des contrats de mariage en 1898. . . . . 82 346

V. aussi les communications de MM. Salefranque et Deloume à la réunion des Sociétés savantes à Toulouse en 1899, *J. off.*, 7 avril 1899, p. 2343 s.

(1) V. *infra*, II, n. 1134, 1430 s.

(2) V. *infra*, II, n. 1397 s.

(3) V. *infra*, II, n. 1263 s.

intermédiaires (art. 1500 à 1514) (1). Continuant dans la même voie, les conjoints, en adoptant le régime sans communauté, vont jusqu'à supprimer le fonds commun (2) ; ou même, avec le régime de séparation de biens contractuelle, ils enlèvent au mari l'administration et la jouissance des biens de la femme (3).

Mais, doit-il être permis aux époux d'adopter un régime intermédiaire entre le régime exclusif de communauté et la séparation de biens? Peuvent-ils laisser certains de leurs biens soumis au régime des propres de la communauté, tandis que d'autres obéiraient à une véritable séparation de biens? Il ne faut pas hésiter à admettre l'affirmative, car une semblable clause, protégée par le principe de la liberté des conventions matrimoniales, n'est, à aucun point de vue, contraire à l'ordre public (4).

Concluons en disant qu'il est loisible aux parties d'emprunter aux traditions coutumières toutes les nuances intermédiaires que l'on comprend entre ces deux extrêmes : la communauté universelle et la séparation de biens.

66. La même liberté leur est certainement laissée, quand il s'agit de stipuler un régime emprunté aux traditions des pays de droit écrit. Le code civil nous montre clairement que la femme peut avoir tout à la fois des biens dotaux inaliénables administrés par son mari et des biens paraphernaux dont elle a l'administration. Il dépend des futurs conjoints, arrêtant leurs conventions matrimoniales, de distribuer à leur gré les biens de l'épouse dans l'une ou l'autre de ces deux catégories. Tous les degrés intermédiaires sont également possibles entre la paraphernalité totale ou séparation de biens et la dotalité de tous les biens, meubles ou immeubles, présents ou à venir de la femme (art. 1542 et 1574).

67. Jusqu'ici nous n'avons pas rencontré de difficulté.

(1) V. *infra*, II, n. 1326 s.
(2) V. *infra*, III, n. 1459 s.
(3) V. *infra*, III, n. 1477 s.
(4) Pothier, *Communauté*, n. 466. — V. également Troplong, *op. cit.*, I, n. 66; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 68 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 504, note 4, p. 267; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 119. — V. *infra*, III, n. 1475, 1476.

Mais la liberté des parties peut-elle aller jusqu'à leur permettre de combiner entre eux le régime de la communauté et le régime dotal, alors qu'ils ont des origines historiques et sont gouvernés par des règles très différentes ?

Cette combinaison peut se présenter sous deux formes :

On peut, en premier lieu, se demander si l'on pourrait adopter un régime autre que le régime dotal, en soumettant telle ou telle partie de la fortune de la femme aux règles de ce dernier régime. Les conjoints peuvent-ils stipuler, par exemple, le régime de la communauté, en ajoutant que les immeubles présents de la femme seront traités comme immeubles dotaux et obéiront, en conséquence, aux prescriptions auxquelles se trouve, sous le régime dotal, soumise la dot immobilière?

Est-il possible, en second lieu, en adoptant un régime autre que le régime dotal, de convenir d'appliquer aux biens de la femme telle règle spéciale à ce dernier régime?

La tendance de la doctrine (1), — ainsi que de la pratique (2) à peu près constante en ce sens, — est d'admettre la possibilité de ces combinaisons. Le point de départ de cette thèse est la disposition de l'article 1581. Ce texte nous montre qu'en adoptant le régime dotal, on y peut joindre une société d'acquêts. De plus, nous avons le principe de la liberté des conventions matrimoniales dont l'application s'impose à moins qu'elle ne se trouve contredite par quelque règle d'utilité publique. En est-il donc ainsi dans cette hypothèse?

Il est un point qu'il faut, tout au moins, immédiatement mettre hors de doute. On ne peut pas contester qu'il soit

(1) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 372; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 86, p. 70; Odier, *op. cit.*, II, n. 673, p. 84; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 504, texte et note 7, p. 268; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 127, 128; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 88 à 90; IV, n. 1698. — *Contra* Battur, II, p. 349.

(2) V. Civ. cass., 24 août 1836, S., 36.1.913. — Civ. rej., 15 mars 1353, S., 53.1.465. — Civ. rej., 7 fév. 1855, S., 55.1.580. — Req., 16 avril 1856, S., 56.1.411. — Cass. (ch. réunies), 8 juin 1858, S., 58.1.417. D. 58.1.233. — Req., 3 fév. 1879, S., 79.1.353. — Civ. rej., 21 fév. 1894, S., 95.1.393 et la note, D., 94.1.294. — Grenoble, 30 déc. 1896, D., 97.2.238. — Besançon, 27 janv. 1897, D., 98.2.24, S., 98.1.521, sous Req., 18 oct. 1898.

permis aux époux de combiner nos deux régimes, de façon à soumettre, par exemple, les immeubles présents de la femme au régime dotal, et les biens à venir au système de la communauté ; car la loi n'impose nulle part aux conjoints de soumettre forcément tous leurs biens à un régime unique.

Mais est-il permis d'emprunter telle ou telle règle spéciale du régime dotal pour la transporter dans un autre régime? Par exemple, en adoptant la communauté, on convient que le mari, pour l'exercice des actions qui appartiennent à la femme, n'aura pas seulement les pouvoirs que lui reconnaît l'article 1428, mais ceux que lui concède l'article 1549 (1). Ou bien encore il est dit, dans un contrat stipulant la communauté, que les règles tracées par l'article 1571 (2) pour la restitution de la dot de la femme seront suivies. On ne conteste guère que ces emprunts-là au régime dotal ne soient permis.

La seule question, à l'occasion de laquelle il se soit produit quelque dissidence, concerne l'inaliénabilité des immeubles dotaux. A raison de l'entrave qu'elle apporte à la libre circulation des biens, on a contesté parfois que cette inaliénabilité pût être transportée sous un autre régime que le régime dotal (3).

Cette opinion, soutenue notamment par Troplong et Marcadé, n'a pas fait fortune (4). Dira-t-on que l'article 1535 interdit la stipulation de l'inaliénabilité sous le régime exclusif de la communauté, et qu'il en doit être, à plus forte raison, de même sous le régime de la communauté ? Mais cette observation ne peut pas résister devant l'étude des travaux préparatoires, où l'article 1535 n'a été conservé que comme un texte interprétatif de volonté. Faut-il donc prêter au législateur de 1804 cette idée mesquine d'avoir permis, dans l'article 1581, la combinaison du régime dotal

(1) V. toutefois *suprà*, I, n. 21 *in fine*.

(2) V. *infra*, III, n. 1642, 1922, 1923, 1949.

(3) Troplong, *op. cit.*, I, n. 79 et 80; Marcadé, sur l'article 1497, n. 3, p. 658 à 661.

(4) V. not. Req., 3 fév. 1879, S., 79.1.353, D., 79.1.246.

et de la communauté, lorsque le principal rôle serait attribué au régime dotal, et de l'avoir au contraire prohibée alors que le rôle prépondérant serait échu à la communauté? Mais, loin d'avoir une telle étroitesse de vues, le législateur de 1804 a montré, jusque dans l'article 1581, par le renvoi qu'on y trouve fait à l'article 1498, qu'il voulait, par-dessus tout, unifier et simplifier notre législation matrimoniale. Les divers régimes matrimoniaux, comme le disent fort bien Aubry et Rau, ont perdu leur caractère statutaire. La loi a tracé le cercle dans lequel s'exerce librement l'autonomie de la volonté des contractants, et, puisque l'inaliénabilité s'y trouve comprise, il doit être permis aux époux de la stipuler, quel que soit le régime auquel ils entendent se soumettre. Seulement, lorsque des clauses de ce genre seront transportées sous le régime de la communauté, il faudra qu'elles soient formulées d'une façon précise afin que l'intérêt des tiers ne s'en trouve pas compromis (1). Sans doute, le législateur n'exige l'emploi d'aucun terme sacramentel ; mais il entend qu'il n'existe aucune équivoque, et, dans le doute, la clause recevra l'interprétation qui la rapprochera du droit commun, c'est-à-dire de la communauté légale (2).

68. En résumé, une très grande liberté est laissée aux futurs époux, dans les limites tracées par les articles 1387 à 1390, de varier à l'infini, soit les combinaisons des régimes anciennement connus, soit les clauses nouvelles qu'ils pourraient imaginer.

69. Quant aux règles d'interprétation des contrats de mariage, elles sont celles du droit commun dans les autres contrats (3).

Deux de ces règles notamment ont été rappelées par des arrêts récents.

1° Il est interdit au juge du fait de substituer à une clause

(1) V. *infra*, I, n. 424.

(2) Bordeaux, 19 fév. 1857, S., 57. 2. 673 (note). — Req., 18 oct. 1898, S. 98. 1. 521, D., 98. 1. 568. — V. également *infra*, I, n. 424, 425.

(3) V. *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 213 à 226. — Req., 18 oct. 1898, S., 98. 1. 521, D., 98. 1. 568.

précise et formelle d'un contrat de mariage une clause non écrite et différente ; il lui appartient seulement de fixer le sens obscur et douteux des dispositions qui y sont contenues (1).

2° Mais, tout en respectant ce pouvoir souverain d'interpréter les stipulations dont le sens est douteux et d'indiquer d'après les circonstances de la cause quelle a été l'intention des parties, « il appartient à la cour de cassation de déterminer le caractère légal des conventions matrimoniales et d'en qualifier les clauses » (2).

Il est certain, observons-le enfin, que le doute sur le sens général d'un contrat de mariage doit être tranché en faveur de l'interprétation qui éloigne le moins du régime de droit commun, c'est-à-dire de la communauté légale.

§ II. *Aperçu de législation comparée principalement sur le régime légal admis dans les États étrangers.*

70. Nous avons indiqué ci-dessus le régime légal français ; présentons désormais un rapide aperçu de législation comparée.

Les législations étrangères offrent de très grandes divergences relativement au régime légal admis, soit à titre impératif par quelques-unes, soit, pour la plupart, à défaut de conventions expresses contraires.

Malgré la diversité qui se manifeste surtout au point de vue des dispositions qui réglementent les détails des régimes, les différentes législations peuvent, assez aisément, être groupées.

Il y en a de trois espèces. Les unes admettent un régime

(1) Req., 19 nov. 1890, S., 93. 1. 454, D., 91. 1. 473. — Civ. rej., 28 nov. 1892, S., 93. 1. 191, D., 93. 1. 62. — Req., 27 mars 1893, S., 95. 1. 34, D., 93. 1. 311. — Req., 5 déc. 1893, S., 96. 1. 79. — Civ. rej., 9 fév. 1897, S., 97. 1. 165. Req., 11 avril 1900. S. 1902. 1. 390. Rapp. Req., 4 juillet 1899. S. 1903. 1. 523 ; D. 1902. 1. 519.

(2) Civ. rej., 24 nov. 1890, S., 93. 1. 313 et les autorités citées à la note précédente.

dans lequel les biens des époux restent séparés. D'autres suivent un régime de dotalité générale. D'autres enfin admettent une communauté de biens plus ou moins étendue.

71. *Premier groupe.* — Il comprend les législations dans lesquelles on établit, à titre légal, un régime qui maintient entre les patrimoines des époux la même séparation et la même indépendance qu'avant le mariage : c'est le régime de paraphernalité.

La plupart des législations de ce groupe se sont inspirées du droit romain. Le plus ordinairement, le régime y est qualifié de dotal, ce qui indique que, conformément au droit romain, la convention interviendra pour constituer à la femme une dot, qui sera remise aux mains du mari et représentera la contribution de l'épouse aux charges du ménage.

Une chose faite pour surprendre au premier abord, est le rôle effacé joué en Allemagne par le régime dotal au sens romain du mot, surtout quand on songe que le droit romain y a été considéré comme le droit commun. Mais il faut tenir compte de cette idée que, lorsque du XV[e] au XVI[e] siècle, le droit romain fut reçu en Allemagne, il s'y heurta à l'organisation, plusieurs fois séculaire, de la famille germanique. Il devient alors plus aisé de comprendre que, à raison de cet obstacle, le régime dotal romain, tout en étant admis, avec d'importantes modifications, dans une partie assez notable des pays allemands, s'y soit relativement peu répandu. Le code civil allemand de 1900 (1), qui réserve le principe de la liberté des conventions matrimoniales (art. 1432), ne l'a point choisi comme régime de droit commun (2). Il ne le mentionne même pas.

Mais le régime dotal est suivi en Autriche (art. 1217 à

(1) Ce code promulgué le 18 août 1896 est entré en vigueur le 1[er] janvier 1900.

(2) Bufnoir, *Bulletin de la Société de législ. comparée*, 1875-1876, p. 163 s., spécialement p. 167 et 1889-1890, p. 634; Lehr, *Traité élémentaire de droit civil germanique*, II, n. 1192, p. 297. — V. également de Bréville, *Du régime matrimonial du code civil allemand* (Paris, 1899).

1266 C. civ.) (1), et dans les cantons suisses de Vaud et du Tessin (2).

En Hongrie existe un régime dotal présentant des traits caractéristiques spéciaux avec un certain mélange de communauté (3).

En Italie, d'autre part, cette terre classique qui fut la patrie du droit romain, l'article 1425 du code civil pose le principe de paraphernalité dans les termes que voici : « Sont paraphernaux tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot (4). »

Le régime de paraphernalité ou de séparation est également le droit commun en Roumanie (5).

Le droit anglais, dans sa dernière évolution, appartient aussi au premier groupe de lois qui nous occupe. Mais ce n'est point le droit romain qui a inspiré la législation anglaise. Elle est partie d'une idée très opposée, l'idée d'absorption du patrimoine et de la personnalité juridique de la femme dans le patrimoine et la personnalité du mari. Ce système, qui était celui de la *Common law*, fut modéré dans son application, — on peut même aller jusqu'à dire qu'il fut pratiquement écarté, — grâce aux *Juridictions d'Équité* que reconnaît le droit anglais, et qui ne sont pas sans présenter de l'analogie avec le tribunal du préteur romain (6). En pratique, dans les familles riches, la femme conservait son indépendance. Un « act » du 9 août 1870, vint, en tout cas, faire un premier pas vers l'émancipation de la femme anglaise, en lui réservant les biens qu'elle aurait acquis par son industrie ou même qu'elle aurait recueillis par succes-

(1) Lehr, *Traité élémentaire de droit civil germanique*, II, n. 1193 s., p. 293 s. La communauté de biens ne peut exister en Autriche qu'en vertu d'un contrat, et l'étendue de cette communauté doit être appréciée d'après les règles du contrat de société. V. De la Grasserie, *Rev. génér. du droit*, 1901, p. 137.

(2) Lardy, *La législation des cantons suisses*, p. 236 s., 330 s.

(3) V. De la Grasserie, *Rev. gén. de droit*, 1901, p. 140, s.

(4) Rapp. Paris, 17 juin et 30 nov. 1899, D., 1900.2.105.

(5) V. Demètre Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie* (Paris, 1898), p. 84.

(6) V. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, p. 1672.

sion dans certaines limites (1). Cet « act » de 1870 fut suivi d'un autre « act » du 30 juillet 1874, intervenu plutôt pour protéger le mari (2). Enfin, parut un « act » du 18 août 1882 qui, achevant l'évolution, établit nettement l'indépendance de la femme (3). On peut rapprocher de cette loi de 1882, les lois des 25 juin 1886 et 5 décembre 1893 (4). La femme anglaise acquiert pleine capacité et se trouve placée dans une situation analogue à celle qui était jadis faite en France à la femme dans les pays de droit écrit pour ses biens paraphernaux. On est ainsi arrivé, en Angleterre, au régime de la paraphernalité absolue (5).

On constate une évolution du même genre dans un assez grand nombre des États de la République américaine du nord.

72. *Deuxième groupe.* — Les lois qui le composent admettent un régime de dotalité générale. Le régime type dans cet ordre d'idées est connu en Allemagne sous le nom de *Régime d'administration commune* (Verwaltungsgemeinschaft) (6). On applique le principe suivant lequel les biens de la femme sont tous soumis à l'administration du mari qui en a la jouissance. Mais il n'y a pas de communauté entre les époux. Le mari, — et ceci nous paraît constituer une infériorité de ce régime par rapport à la communauté, — profite seul des économies. L'exclusion de la femme dans le partage des acquêts est, il est vrai, compensée, dans une certaine mesure, par le droit de succession et la réserve reconnus par la loi à l'époux survivant. Quoi qu'il en soit, le régime ainsi brièvement décrit présente de l'analogie avec le régime d'exclusion de communauté que réglementent les articles 1530 et suivants de notre code civil français.

(1) Ribot, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1871, p. 6 s. — V. également *Annuaire de législation étrangère*, 1872, p. 55.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1875, p. 32.

(3) *Annuaire de législation étrangère*, 1883, p. 329 s.

(4) V. *Annuaire de législation étrangère*, 1887, p. 38 et 1895, p. 9. — Rapp. Paris, 17 juin 1899, *J. Clunet*, 1900, p. 132 et *Revue critique*, 1900, p. 135 s., Surville, *Examen doctrinal*.

(5) Gide, *Étude sur la condition privée de la femme* (édit. Esmein), p. 237 s.; Glasson, *Histoire du droit et des institutions d'Angleterre*, I, p. 184.

(6) *Sur l'évolution historique des régimes matrimoniaux en Allemagne*. V. spécial. Brissaud, *op. cit.*, p. 1682.

Dans le royaume de Saxe, il fut organisé par le code de 1863, dans les articles 1630 à 1770, sous le nom de *Régime d'usufruit marital* (Ehemannlicher Nieszbrauch). Ce dernier régime ne présente d'ailleurs aucune particularité, si ce n'est que l'on y rencontre peut-être un peu plus d'influence des théories romaines sur l'usufruit (1).

D'après le code civil uniforme pour l'Empire allemand c'est le régime de dotalité générale qui y est devenu le régime de droit commun dans les articles 1363 et suivants, il « se caractérise, dit Bufnoir (2), par cette règle inscrite dans l'article 1283 du projet, que les biens appartenant à la femme au jour du mariage et ceux qu'elle acquiert pendant sa durée, sont, sauf exception admise par la loi, soumis à la jouissance et à l'administration du mari. » Les biens réservés à l'épouse (art. 1365), c'est-à-dire ceux qui sont soustraits à l'administration et à la jouissance de son conjoint, comprennent ceux qui sont exclusivement destinés à l'usage personnel de la femme, spécialement les vêtements, bijoux et instruments de travail (art. 1366), ceux qui ont été déclarés tels par le contrat de mariage (art. 1367), ceux qu'elle acquiert par succession, par legs ou à titre de réserve, ceux qui lui sont donnés entre-vifs quand le disposant stipule cette réserve (art. 1369), de même ceux que la femme acquiert par son travail en dehors de la collaboration personnelle dont elle est tenue envers le mari, ou par l'exercice d'une industrie indépendante (art. 1367) (3). Il y a analogie, à cet égard, avec la règle admise en Angleterre par les « acts » de 1870 et de 1882. L'épouse allemande ne doit contribuer aux dépenses du ménage avec ses biens réservés que si le mari ne trouve pas une contribution suffisante dans les revenus des apports (art. 1371, *in fine*).

Le régime de dotalité générale existe aussi dans un certain nombre de cantons de la Suisse (4).

(1) V. Bufnoir, *Bull. de la Soc. de législ. comparée*, 1875-1876, p. 168.
(2) Bufnoir, *Bull. de la Soc. de législ. comparée*, 1889-1890, p. 685.
(3) V. également les art 1369, 1370, 1371.
(4) Lardy, *op. cit.*, p. 8, 17, 27, 65, 112, 125, 139, 175, 204, 302, 347, 365. — C. Zurich, art. 589, s. (trad. Lehr).

Notons, en passant, qu'une loi du 23 juin 1825 a fait du régime germanique d'*administration commune* le régime légal en Pologne (1).

73. *Troisième groupe.* — Il comprend les législations qui admettent comme régime légal la communauté avec plus ou moins d'extension.

La communauté universelle est admise comme régime légal dans les Pays-Bas (art. 174 C. civ.). Il en est de même en Suède (2) et au Danemark (3).

C'est, au contraire, la communauté réduite aux acquêts qui est le régime légal en Espagne (art. 1315 *in fine* C. civ.), dans les cantons suisses de Schaffhouse, de Fribourg, de Neuchâtel, de Thurgovie et du Valais (4).

(1) Lehr, *Éléments de droit civil russe*, I, p. 49.

(2) Olivecrona, *Revue de droit international*, 1883, p. 53 s. Toutefois la femme peut par contrat se réserver des biens dont elle aura l'administration et la jouissance. Lui sont également réservés les biens qui lui sont donnés ou légués sous cette condition. Enfin les biens qu'elle peut acquérir dans l'exercice d'une industrie séparée sont laissés à son entière disposition. V. De la Grasserie, *Rev. gén. du droit*, 1901, p. 545.

(3) V. Loi du 7 avril 1899, *Ann. lég. étrangère*, 1900, p. 545.

(4) Lardy, *op. cit.*, p. 188, 86, 156, 261, 313. Dans l'avant-projet de Code civil suisse dont la rédaction a été confiée à M. Huber, professeur à Berne, après avoir proclamé la liberté des conventions matrimoniales, on décrit trois régimes matrimoniaux qui ont assez de souplesse pour se prêter aux combinaisons les plus variées : le régime d'*union des biens sans communauté*, le régime de *communauté universelle* et celui de *séparation de biens*. L'union des biens est proposée comme régime légal. Cette union comprend les biens qui appartiennent aux époux lors de la célébration du mariage et ceux qu'ils acquièrent dans la suite par succession ou autrement, *à l'exception des biens réservés*. Ces derniers, outre les biens réservés propres par le contrat de mariage ou par une clause insérée dans une libéralité et les effets personnels à l'usage de l'épouse, englobent les économies que réalise celle-ci, de même que les biens qui servent à l'exercice par elle d'une industrie ou d'une profession et qui lui proviennent d'un travail séparé. Les biens ainsi réservés sont soumis au régime de la séparation. Quant aux autres biens, la jouissance en appartient au mari, de même que les acquêts. A la dissolution du régime, après le prélèvement des apports, les bénéfices appartiennent au mari ou à ses héritiers. Toutefois, la femme ou ses descendants ont droit à une part proportionnelle des acquêts, s'ils proviennent, pour un quart au moins, des revenus des apports ou du travail de la femme. Quoi qu'il en soit, le régime ainsi proposé en Suisse comme régime de droit commun a de grandes analogies avec le régime de dotalité générale admis, au même titre, dans l'Empire allemand. V. *supra*, n. 72. Mentha, *Bulletin de lég. comp.*, 1900-1901, p. 374 s. De la Grasserie, *Rév. gén. du droit*, 1901, p. 454, s.

Le Portugal est également au nombre des pays de communauté. « Le mariage, selon la coutume du royaume, porte l'article 1108 du code civil, consiste dans la communauté entre les conjoints de tous leurs biens présents et futurs non exceptés par la loi. »

En Belgique et dans le grand-duché de Luxembourg, c'est la communauté des meubles et acquêts qui constitue, comme en France, le droit commun.

D'autre part, en Russie, où le régime légal adopté par le Svod est la séparation des biens entre époux, c'est, en fait, le régime de communauté qui a prévalu dans les mœurs (1).

Terminons ce rapide aperçu en signalant que, pour donner satisfaction aux habitudes prises dans certains pays de l'Empire d'Allemagne, où jusqu'en 1900 ces régimes formaient le droit commun, le code civil allemand a réglementé tant la communauté universelle de biens (art. 1437 s.) que la communauté comprenant, soit les acquêts seulement (art. 1519, s.), soit, tout à la fois, les meubles et les acquêts (art. 1549, s.).

§ III. *Conflits de législations et leurs solutions.*

74. La divergence législative ainsi constatée, nous montre combien est grand l'intérêt pratique qui s'attache à la question de savoir sous quel régime seront mariés, à défaut de contrat : 1° les Français qui se sont unis à l'étranger; 2° les étrangers mariés en France.

On est loin de s'entendre sur la solution à donner à cet égard.

75. C'est la loi nationale des époux, dit-on, dans une première doctrine, qui doit déterminer le régime auquel seront soumis leurs biens, en l'absence de conventions matrimoniales expresses, toutes les fois que les époux ont la même

(1) Lehr, *Eléments de droit civil russe*, I, p. 48 s. — V. également l'étude publiée par M. Bouffall, dans la *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1893, p. 756 s. et 1894, p. 263 s.

patrie; sinon, c'est la loi nationale du mari qu'il faut appliquer (1).

Le régime légal des biens entre époux est, en effet, l'une des conséquences légales du mariage : c'est par suite une dépendance de la loi qui gouverne le mariage lui-même. Ce raisonnement était celui de Boullenois (2), dans notre ancien droit français. C'est la solution aujourd'hui consacrée en termes formels par le code civil italien dans son article 6 (3). Elle se dégagne également de l'article 1325 du code civil de l'Espagne (4).

Si l'on objecte à cette théorie que le régime légal repose sur une convention tacite, puisque, dans la plupart des pays et notamment en France, il dépend des parties d'en modifier les conséquences et même de le répudier, les partisans de la doctrine de la personnalité du statut essaient, par un raisonnement quelque peu spécieux, d'écarter l'obstacle qui leur est ainsi opposé. Dans la théorie de la convention tacite, prétendent-ils, il y a, au point de départ, cette idée juste que la loi, établissant le régime matrimonial à défaut de contrat, est subsidiaire : elle n'intervient qu'à défaut de volonté contraire, et n'est pas, par conséquent, impérative. Ceci est vrai; mais il n'est pas exact de dire pour cela que le régime légal résulte d'une convention tacite des époux. Et la preuve, la

(1) V. not. Renault, *Rev. critique*, 1883, p. 729. Pillet, *Principes de dr. int. privé*, chap. XV, p. 460. J. Seine, 3 mai 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 366.

(2) Boullenois, *De la personnalité et de la réalité des statuts*, tit. II, ch. V, obs. XXIX, I, p. 732.

(3) Rapp. Palerme, 11 juillet 1899, S. 01.4.17 (note Wahl).

(4) La loi d'introduction au code civil allemand contient dans son article 15 une solution analogue, dont Momms en avait souhaité l'adoption (*Arch. für Civil. Praxis*, t. LXI, p. 151, 182). Ce texte est ainsi conçu : « Les rapports pécuniaires des époux sont régis par les lois allemandes, si le mari était allemand à l'époque du mariage. Si le mari acquiert la nationalité allemande après le mariage, ou si les époux étrangers acquièrent leur domicile en Allemagne, on applique au régime pécuniaire des conjoints la loi de l'État auquel le mari appartenait au moment du mariage. Les époux peuvent cependant faire une convention matrimoniale, lors même qu'elle leur serait interdite par ces lois. » Rapp., Art. 16, V. Rolin, *Rev. de droit international*, 1898, p. 202. Keidel, *J. Clunet*, 1899, p. 42 s. Rapp. not. Reischgericht, 15 septembre 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 721. — D'autre part, d'après la loi japonaise du 15 juin 1898 (art. 15), le régime matrimonial des époux est déterminé par les lois de l'État auquel appartient le mari lors du mariage. V. *J. Clunet*, 1901, p. 641.

voici : si les contractants sont incapables, est-il possible d'admettre qu'ils aient consenti tacitement des conventions aussi graves que celles qui sont organisées par la loi? Il est bien difficile de comprendre qu'un mineur, ne faisant pas de contrat, puisse être considéré comme ayant consenti à l'aliénation d'une partie peut-être considérable de sa fortune. Il faut donc admettre que si la loi est interprétative de volonté, ce n'est pas l'interprétation de chaque volonté spéciale qu'elle donne, mais bien une interprétation générale. Or l'idée de convention tacite conduirait à dire qu'il y a convention dans chaque cas particulier, ce qui ne saurait être admis. Telle n'a pas dû être la pensée du législateur lorsqu'il établit un régime légal. Dans cette pensée, le règlement des intérêts matrimoniaux doit être fait indépendamment de la situation spéciale des conjoints dans telle ou telle hypothèse. Ne peut-on pas, au surplus, raisonner à notre point de vue par analogie de la loi qui réglemente la succession *ab intestat?* On qualifie bien souvent cette loi, en disant qu'elle constitue le testament présumé du défunt. Or, ce n'est point le testament présumé de tel ou tel *de cujus*, mais celui que la loi considère que tout homme raisonnable aurait fait s'il avait disposé. Eh bien! dans ce cas-là, alors que la loi de succession *ab intestat*, en mettant à part ce qui a trait à la réserve, n'a rien d impératif, peut-il être soutenu que celui qui décède sans testament institue tacitement ses héritiers? Non. En somme, le régime matrimonial édicté par la loi ne repose pas sur une convention tacite des parties dans chaque cas spécial. Il est plus logique d'y voir un effet du mariage et d'appliquer à cet effet la loi qui régit le mariage lui-même.

76. A défaut, dans notre loi, de règle semblable à celles qui sont posées, notamment, dans le code civil d'Italie et dans le code civil espagnol, nous ne pouvons pas souscrire à la doctrine qui fait gouverner le régime légal par la loi nationale des époux au moment du mariage. Dire que le mariage, qui fixe l'état des personnes, est une dépendance du statut personnel, et que la réglementation de ses effets se place en dehors du champ d'application de la volonté pri-

vée, ce n'est pas contestable; mais il nous paraît rationnellement inadmissible de rattacher à ce même statut le régime matrimonial. C'est, en effet, le mettre lui aussi au-dessus de la volonté, ce qui, à notre avis, ne saurait se concevoir. Aussi bien, si le régime des biens entre époux devient une dépendance du statut personnel, semblerait-il logique d'admettre que ce régime doive l'accompagner dans ses variations résultant d'un changement de nationalité des parties. Et cependant, reconnaissant tout le danger pratique d'une semblable solution, on recule devant les conséquences logiques de la doctrine que l'on admet. Les législateurs, auteurs et décisions de jurisprudence, se prononcent pour l'immutabilité des conventions matrimoniales (1). Rien, au contraire, n'est plus facile à justifier pour ceux qui, comme nous, font reposer l'adoption du régime légal sur l'idée d'une convention tacite.

Répondant à l'invitation qui nous est adressée par l'article 1387 de notre code civil, où l'on proclame le principe de la liberté de la volonté, il faut, pour déterminer le régime légal, faire abstraction complète des statuts personnel et réel pour ne tenir compte que d'un seul élément : la volonté des époux. En décidant ainsi, nous ne faisons que nous conformer, en en tirant toutes les conclusions, à l'idée émise au XVI[e] siècle par Dumoulin (2) et exprimée plus tard par Pothier (3). Le régime légal n'est pas un statut : c'est une convention dont il faut accepter les conséquences logiques, sans avoir la prétention, comme le font certains auteurs, de créer *a priori* des présomptions qui ne peuvent avoir d'autre effet que de les contrarier. Il n'y a point à rechercher de *criterium* là où tout se ramène à une simple question de fait et d'appréciation. Sans doute, le domicile des époux au moment du mariage, le domicile matrimonial, c'est-à-dire

(1) V. not. l'art. 31 de la loi fédérale suisse du 25 juin 1891 (Lainé, ***Bulletin de lég. comparée***, 1893-1894, p. 215), l'art. 15, 2[e] al. de la loi d'introduction au Code civil allemand. V. égal. Trib. de l'Empire d'Allemagne, 25 oct. 1895, S., 99. 4. 33 (note Wahl).

(2) Molinari, *Opera*, II, *Concilium*, LIII, n. 16 s. et III, *Comm. in lege*, I, liv. I, tit. I, Code Justinien.

(3) Pothier, *Communauté*, n. 1 à 18.

celui qu'ils se proposent d'acquérir immédiatement après, la nationalité des conjoints pourront souvent être de sérieux éléments de décision à prendre en considération par le juge; mais ce ne sont là que des raisons de décider qu'il faut se garder d'ériger en principes et qu'on ne doit pas considérer comme suffisantes par elles-mêmes pour imposer une solution en tel ou tel sens. Telle nous paraît être la seule vraie doctrine (1).

Elle est suivie très généralement par notre jurisprudence française, qui applique, suivant les circonstances, tantôt la loi nationale des époux, tantôt celle du domicile matrimonial, voire même d'autres lois. Ses arrêts qui, au premier abord paraissent peu conciliables, sont au contraire des plus concordants si l'on admet la doctrine de la convention tacite dans toute son ampleur (2).

Nous objectera-t-on que l'idée de convention tacite ne peut pas expliquer, d'une manière satisfaisante, le régime légal, par ce motif que les époux mineurs qui ne seraient pas capables de passer par eux-mêmes un contrat exprès, devraient avoir le droit de demander la nullité du prétendu contrat tacite, en tant qu'il entraîne des conséquences dépas-

(1) On en peut rapprocher l'art. 14 du Règlement des conflits de lois en matière de mariage et de divorce, adopté par l'Institut de droit international dans sa session de Lausanne, en 1888. Ce texte est ainsi conçu : « A défaut d'un contrat de mariage, la loi du domicile matrimonial, c'est-à-dire du premier établissement des époux, régit les droits patrimoniaux des époux, *s'il n'appert pas des circonstances ou des faits l'intention contraire des parties* (*Rev. de droit international et de législation comparée*, 1888, p. 598, 599). — L'art. 6 *in fine* du décret royal du 20 février 1891 applicable à l'État indépendant du Congo a été calqué sur ce texte. V. *J. Clunet*, 1891, p. 672.

(2) V. et rapp. Paris, 12 juil. 1889, *J. Clunet*, 1889, p. 849. — Req., 9 mars 1891, D., 91. 1. 459. — J. Seine, 8 janv. 1891, *J. Clunet*, 1891, p. 962. — Paris, 25 nov. 1891, D., 92. 2. 505. — Toulouse, 26 avril 1893, *J. Clunet*, 1893, p. 816, S., 96. 2. 252. — J. Toulon, 30 mai 1893, *J. Clunet*, 1893, p. 1196. — Paris, 24 mai 1895, S., 96. 2. 273, D. 96. 2. 53, *J. Clunet*, 1895, p. 1070. — J. Seine, 22 mai 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 142. — Douai, 2 fév. 1899, *J. Clunet*, 1899, p. 825. — J. Seine, 9 mars 1899, *J. Clunet*, 1899, p. 744. — Caen, 28 mai 1900, *J. Clunet*, 1900, p. 982. — J. Seine, 16 novembre 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 839. — Aix, 15 juin 1900, *J. Clunet*, 1903, p. 381. — J. Marseille, 26 juin 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 873. — J. Châteauroux, 6 avril 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 185. — Lyon, 16 février 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 401. — Bourges, 18 juillet 1904, S. 05. 2. 8. Rapp. Naquet, note dans *Sirey*, 1900. 1. 321.

sant leur capacité? Mais il suffit, pour mettre cette objection à néant, de répondre que le mineur ne peut attaquer la convention tacite qui règle ses intérêts pécuniaires, dès qu'il a été assisté et autorisé à contracter mariage conformément à sa loi personnelle : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* (1).

Nous ne saurions quitter ce sujet sans signaler l'important projet de Convention internationale signé à la suite de la quatrième conférence tenue à la Haye, du 16 mai au 7 juin 1904, pour la codification du droit international privé (2). Ont été représentés à la conférence, l'Empire d'Allemagne, l'Autriche, la Hongrie, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Russie, la Suède et la Suisse. L'article 2 du projet de Convention, sur les biens des époux, est ainsi conçu : « En l'absence de contrat, les effets de mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage. Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura pas d'influence sur le régime des biens » (3). Si ce projet aboutit dans les termes ainsi indiqués, il en résultera, entre les pays signataires, l'application d'un principe qui ne nous semble pas devoir être admis dans tous les cas où une Convention diplomatique ne l'exige pas.

(1) V. et cpr. Despagnet, *Précis de droit international privé* (3e édit.), n. 324 s.; Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé* (2e édit.), p. 512 s.; Audinet, *Principes de droit international privé*, n. 722 s.; Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé* (4e édit.), n. 369 s.; Pillet, *J. Clunet*, 1896, p. 19 et s. et note dans S., 1896, 2. 276; Surville, *Rev. crit.*, 1897, p. 220 s. (Examen doctrinal); Wahl, note dans S., 99. 4. 33. — Audinet, S. 1900. 2. 257.

(2) V. la communication faite par M. Asser dans la *Revue de droit international*, 1904, p. 553.

(3) Ce texte reproduit les principales solutions contenues dans l'art. 15 de la loi d'Introdution au Code civil de l'Empire d'Allemagne.

CHAPITRE III

DE LA FORME DU CONTRAT DE MARIAGE. — DES FRAIS QU'IL ENTRAÎNE

§ I. *Forme du contrat de mariage.*

77. Aux termes de l'article 1394 alinéa 1er : « *Toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage par acte devant notaire.* » Le contrat de mariage doit donc être reçu par acte notarié.

Dès la fin du XVIIe siècle, on s'était préoccupé de soumettre rigoureusement à cette condition l'exercice des privilèges et hypothèques se rattachant au contrat de mariage (1). D'autre part, l'ordonnance de 1731, dans ses articles 1er et 2, subordonnait à l'authenticité la validité de toutes les donations. Au XVIIIe siècle, dans le dernier état de notre ancien droit français, la règle aujourd'hui consacrée par l'article 1394 était généralement admise. Elle avait pour but principal, nous dit Pothier, d'empêcher les époux d'éluder la loi qui leur défendait alors de se faire aucun avantage durant le mariage (2).

Quoi qu'il en soit, notre législateur, en exigeant la forme authentique et en désignant le notaire comme seul officier public compétent pour recevoir un contrat de mariage, entend condamner toutes les atténuations que l'on serait tenté d'apporter à la règle de l'authenticité. Des conventions matrimoniales constatées par acte sous signature privée seraient inexistantes. La loi n'a pas voulu qu'un acte de cette importance pût être laissé aux hasards d'une vérification d'écriture.

D'autre part, tout en comprenant que l'immutabilité des conventions matrimoniales eût été suffisamment sauvegardée par un acte sous seing privé ayant acquis date certaine avant la célébration du mariage, il n'est pas contestable qu'un acte

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, § I, IV.
(2) Pothier, *Communauté*, n. 12.

dans l'énumération limitative, donnée par l'article 2 de la loi du 21 juin 1843, des actes soumis à l'accomplissement de cette formalité, et cette omission avait été faite à dessein, ainsi que cela résulte des travaux préparatoires de la loi. Il avait même été expliqué, tant à la Chambre des pairs qu'à celle des députés, que les contrats de mariage ne cessaient pas d'échapper à la disposition qui exigeait la présence réelle du notaire en second ou des témoins au moment de la lecture et de la signature de l'acte, quand ils contiennent des donations faites en faveur du mariage, bien que les actes portant donation fussent sur la liste dressée par l'article 2 de la loi. C'était une immunité accordée aux donations faites par contrat de mariage. Elle s'expliquait par la faveur dont la loi entoure ces donations (1). On ne peut guère craindre, dans notre hypothèse, qu'elles soient le fruit de la captation; il était donc inutile de les soumettre à l'accomplissement d'une formalité dont le but principal était de la déjouer (2).

L'immunité ne profitait pas, au contraire, aux donations faites en faveur du mariage, mais en dehors du contrat. Celles-ci restaient soumises à l'application de l'article 2 de la loi précitée.

La loi du 12 août 1902 est venue apporter quelques modifications aux formalités des actes notariés. Abrogeant en la forme les articles 2 et suivants de la loi du 21 juin 1843, elle en insère, avec quelques retouches, les dispositions dans l'article 9 revisé de la loi du 25 ventôse, an XI (16 mars 1803). L'innovation principale consiste en ce que désormais les actes notariés, sauf ceux exceptés, pourront être reçus par un seul notaire, à moins que les parties ou l'une d'elles ne sache ou ne puisse signer, auquel cas l'acte est soumis à la signature d'un second notaire ou de deux témoins.

Les contrats de mariage, même lorsqu'ils contiennent des donations, restent parmi les actes notariés ordinaires qu'un

(1) Rapp. de Loynes, Note sous Bordeaux, 1er avril 1897, D., 98.2.169.

(2) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 193; Demante et Colmet de Santerre *op. cit.*, VI, n. 11 *bis*, III; Huc, *op. cit.*, IX, n. 31. — Bordeaux, 27 mai 1853, S., 53.2.587, D., 54.2.90. — Lyon, 1er juin 1883, S., 84.2.153 et la note, D., 84.2.110.

notaire peut recevoir seul, si les parties savent et peuvent toutes signer (art. 9, 2° et 3° revisé de la loi de ventôse an XI) (1).

Tout au moins faut-il, cependant, que l'acte constatant les conventions matrimoniales, ait reçu sa perfection comme acte notarié avant la célébration du mariage. Le contrat de mariage serait donc nul si, au cas où toutes les parties ne sauraient ou ne pourraient signer, la minute n'avait pas été revêtue avant la célébration de l'union conjugale, non seulement de la signature du notaire rédacteur et de celles de toutes les personnes dont la signature est requise et qui savent et peuvent signer, mais encore de la signature du notaire en second ou des témoins instrumentaires. Si une seule des signatures essentielles pour la perfection de l'acte manquait, les époux seraient mariés sous le régime de la communauté légale, sans que l'apposition ultérieure des signatures qui font défaut pût changer ce résultat. La situation des époux quant à leurs conventions matrimoniales est, en effet, irrévocablement fixée par l'état de choses existant lors de la célébration du mariage (arg. art. 1395) (2).

81. Il est encore une autre condition, celle de la présence des futurs époux au contrat de mariage, qui nous paraît se rattacher à la forme de ce contrat.

Cette présence n'est pas requise devant le notaire avec la même rigueur que devant l'officier de l'état civil lors de la célébration du mariage. Les futurs conjoints peuvent en effet se faire représenter par mandataire à la rédaction de leurs conventions matrimoniales. Mais le fondé de pouvoir ne saurait être un mandataire verbal. Il est nécessaire qu'il soit porteur d'une procuration spéciale et authentique. Comme le dit notre Cour suprême : « La validité du mandat est nécessairement subordonnée à l'observation de la forme essentielle de l'acte qu'il a pour objet » (3).

(1) Surville. *Éléments d'un cours de droit civil français*, III, n°s 801 s.

(2) Sur cette question, voyez en sens divers les notes et documents sous Orléans, 26 janv. 1895, S., 96.2.1, D., 96.2.33, et Civ. rej., 31 mai 1897, S., 97.1.441, D., 98.1.5, note Glasson ; Planiol, *op. cit.* III, n. 807 (2e édit).

(3) Civ. rej., 23 mai 1854, S., 54.1.437, D., 54.1.207. — Huc, *op. cit.*, IX,

Un très grand nombre d'arrêts émanés des Cours du midi de la France, et plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont dû être rendus dans cet ordre d'idées. C'est qu'il a fallu déraciner une ancienne et fâcheuse habitude qui s'était implantée dans une partie de notre pays. Dans nos anciennes provinces de droit écrit, en effet, il était d'usage, à peu près constant, que les contrats de mariage fussent dressés hors la présence de la future épouse ; le futur époux lui-même n'y assistait pas toujours ; le père ou les parents des conjoints stipulaient en leur nom sans mandat spécial. Un contrat de mariage fait conformément à ces anciennes traditions devrait être considéré comme sans valeur, alors même qu'il s'agirait d'un époux mineur et qu'on se serait porté fort pour lui. En admettant que ce futur époux, pour lequel on s'est porté fort, ratifiât le contrat, son consentement ne serait pas exprimé, comme le veut la loi, en la forme authentique et avant la célébration du mariage. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître l'invalidité d'un semblable contrat, et l'on ne discute que sur les conséquences de cette invalidité (1).

82. Quelques-unes de nos anciennes coutumes, telles que celles de Normandie, du Poitou, admettaient la validité des contrats de mariage passés par acte sous seing privé. Il est certain que les contrats de mariage faits sous l'empire de ces coutumes et conformément à leurs dispositions n'ont pas cessé d'être valables depuis la promulgation du code civil (arg. art. 2) (2).

83. Il est, d'autre part, des lois étrangères qui autorisent

n. 31 ; Bellot des Minières, *Le contrat de mariage considéré en lui-même*, n. 360, p. 304. — *Contra* Trib. supérieur des Deux-Ponts (Bavière), 23 févr. 1897, S., 99.4.17.

(1) Civ. cass., 9 janv. 1855, S., 55.1.125, D., 55.1.28. — Nîmes, 29 déc. 1841, S., 49.2.129. Toulouse, 15 juin 1844, S., 49.2 129. — Nîmes, 9 mai 1846, S., 49.2.129. — Toulouse. 11 juin 1850, S., 50 2.505. — Grenoble, 7 juin 1851, S., 51.2.613. D., 53.2.122. — Nîmes, 6 août 1851, S., 51.2.613, D., 53.2.122. — Toulouse, 5 mars, 1852, S., 52.2.257. — Civ. cass., 6 nov. 1895, S. 96.1.5 (note Lyon-Caen) ; D., 97.1.25 (note Sarrut). — V. également Nîmes, 13 janv. 1897, S., 97.2.141, D., 97.2.128.

(2) V. *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 467 s. — Rapp. *infra*, I, n. 87.

l'usage de la forme sous seing privé pour les contrats de mariage. Il va sans dire que de semblables contrats passés en pays étrangers, même par des Français, — pourvu toutefois que ces derniers n'aient point franchi la frontière dans le but de faire fraude à leur loi nationale et d'échapper à ses prescriptions, — seront gouvernés par la règle « *Locus regit actum* ». Le contrat de mariage sous seing privé sera donc valable si la loi du lieu où il a été passé en reconnaît l'efficacité (1).

Ajoutons qu'un contrat de mariage passé en France sous signature privée serait, à notre avis, valable, s'il était intervenu entre étrangers appartenant à un pays qui en admettrait la validité (2). Il en serait de même d'un contrat de mariage reçu en France à l'ambassade ou au consulat des étrangers contractants, alors même qu'il ne remplirait pas les conditions déterminées par la loi française, s'il a été passé conformément aux prescriptions de la loi étrangère des parties.

Rapprochons de ces solutions les règles écrites dans l'article 6 du projet de Convention internationale adopté dans la quatrième conférence de la Haye de juin 1904 (3). D'après cet article : « Le contrat de mariage est valable quant à la forme, s'il a été conclu soit conformément à la loi du pays où il a été fait, soit conformément à la loi nationale de chacun des futurs époux au moment de la célébration du mariage, ou encore, s'il a été conclu au cours du mariage, conformément à la loi nationale de chacun des époux. Lorsque la loi nationale de l'un des futurs époux, ou, si le contrat est conclu au cours du mariage, la loi nationale de l'un des époux exige comme condition de validité que le contrat, même s'il est conclu en pays étranger, ait une forme déterminée, ces dispositions doivent être observées (4). »

(1) Req., 18 avril 1865, S., 65.1.317. D., 65.1.342.

(2) Douai, 13 janv. 1887, *J. Clunet*, 1887, p. 57. — Rapp. toutefois Paris, 2 déc. 1898, D., 99.2.179 (note Claro) et Surville, *Rev. crit.*, 1900, p. 138 s. (examen doctrinal).

(3) V. *supra*, n. 76 *in fine*.

(4) V. *Rev. de dr. international*, 1904, p. 553, 554

§ II. *Frais du contrat de mariage.*

84. Disons enfin quelques mots d'une question, celle des frais du contrat de mariage, qui ne laisse pas d'être assez complexe. Cependant, elle peut être aisément comprise, si l'on a soin de ne pas mêler, comme on l'a fait jusque dans rcetaines décisions de justice (1), la théorie de l'obligation et celle de la contribution à la dette. Il importe, en effet, de remarquer que les frais du contrat de mariage ne sont pas toujours recouvrés sur ceux qui les doivent définitivement supporter, ou dans la mesure exacte de la portion qui doit en fin de compte incomber à chacun des débiteurs (2).

Dans le but de déterminer cette part contributoire, il devient nécessaire de présenter des distinctions.

Les frais de contrat de mariage sont, en effet, de diverses sortes. Il y a :

1° Ceux qu'entraînent les conventions étrangères au mariage, conventions qui auraient pu être régulièrement constatées dans un acte autre que le contrat de mariage.

2° Les frais qui résultent des donations faites dans le contrat de mariage à l'un ou à l'autre des époux par des tiers, ou par l'un des futurs conjoints à l'autre.

3° Ceux qui ont pour cause les énonciations des apports de chaque époux.

4° Les autres frais du contrat de mariage qui ne rentrent dans aucune des trois catégories précédentes.

En ce qui concerne la première espèce de frais, il n'y a pas de difficulté à dire qu'ils incombent à ceux dans l'intérêt desquels les énonciations étrangères au contrat de mariage y ont été insérées. On appliquera ici le droit commun.

Quant aux frais de la seconde catégorie, c'est-à-dire ceux des donations, il faut, sans hésiter, les faire supporter au donataire, à moins que le donateur n'ait expressément con-

(1) Civ. cass., 21 juill. 1852, S., 52.1.696, D., 52.1.194.

(2) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 210 s. — Cpr. Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 503, texte et note 11 s., p. 249; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 112 et 113; Huc, *op. cit.*, IX, n. 34.

senti à les prendre à sa charge. L'article 1593 fournirait, s'il était besoin, un argument d'analogie à l'appui de cette solution. C'est pour avoir mal entendu un arrêt rendu par la Cour de cassation en 1829 que Troplong a enseigné le contraire (1).

Nous estimons qu'il faut considérer comme frais de la donation et les faire supporter par le donataire seul, d'une part, tous les droits d'enregistrement qui y correspondent, peu importe qu'il s'agisse de donations de meubles, d'immeubles ou de sommes d'argent, et, d'autre part, les honoraires proportionnels qui pourraient être alloués au notaire en raison de la libéralité (2).

Les frais de la troisième espèce ont, disons-nous, pour cause l'énonciation des apports de chaque époux. Puisque cette énonciation profitera surtout à ceux qui, plus tard, trouveront là une preuve toute faite du montant des reprises relatives aux biens existant lors de la célébration du mariage, il nous semble — bien que nous nous séparions à cet égard de beaucoup d'auteurs, — que chacun des époux doit supporter les frais résultant de l'énonciation de son apport personnel.

Ces frais comprennent tant les honoraires proportionnels des notaires que les frais d'enregistrement. Ceux-ci n'ont acquis de l'importance que depuis la loi du 28 février 1872, qui a remplacé le droit fixe de 5 francs par un droit gradué d'environ 1 franc (ou 1 fr. 25 avec les décimes) pour 1000 francs. Depuis la loi de finances du 28 avril 1893 (art. 19, al. der-

(1) Troplong, *op. cit.*, I, n. 199. — *Contra* Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 195, 196 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 503, texte et note, 12, p. 249 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 212 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 112 *in fine* ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 34. — Req., 1er juillet 1829, S. chr. et D. 29.1.284. — Civ. cass., 8 déc. 1874, S., 75.1.209 et la note, D., 75.1.33. — Douai, 17 nov. 1899, *Pandectes fr.*, 1901.2.24. Cet arrêt met à la charge exclusive du mari les frais de publication du contrat de mariage rendus nécessaires par sa qualité de commerçant. Il décide, d'autre part, que la femme est mal fondée à se prévaloir de sa renonciation et à prétendre que les frais de contrat de mariage sont une dette de communauté, pour se dispenser de payer la part qui lui incombe proportionnellement à son apport dans les honoraires du notaire et les droits d'enregistrement.

(2) Il est bien entendu que nous ne parlons ici que des rapports du donataire et du donateur. Une fois la dette mise à la charge du donataire, elle suivra le sort de ses autres dettes antérieures au mariage selon le régime matrimonial adopté.

nier), ce droit est devenu proportionnel et a été élevé à 1 fr. 50 (1 fr. 875 avec les décimes) pour 1.000 francs (1).

Restent les autres frais du contrat de mariage qui seront modiques. A raison même de cette modicité, on peut les considérer comme étant une charge des fruits (2). Cette manière de voir est encore corroborée par cette idée que, l'existence du contrat de mariage étant subordonnée à la célébration du mariage, les frais qu'il entraîne, et qui ne sont vraiment dus qu'après cette célébration, nous apparaissent comme étant la première des charges incombant à la communauté (art. 1409-5°) ou au mari (art. 1530, 1537, 1549, 1575), selon le régime matrimonial adopté (3).

Observons toutefois que, d'après un arrêt de la cour de cassation du 8 décembre 1874, les droits d'enregistrement sont considérés comme faisant partie du passif antérieur au mariage (4).

Telle est notre manière de voir sur la contribution aux frais résultant du contrat de mariage. Nous préférons les solutions que nous venons de présenter à celle qui, réunissant en une seule masse tous les frais du contrat de mariage, les met à la charge personnelle des époux soit par moitié, soit proportionnellement à leurs apports, sauf l'application de l'article 1409-1°, si les époux ont adopté la communauté légale. Ce système paraît cependant se dégager de l'arrêt de cassation du 21 juillet 1852. Mais cet arrêt de rejet n'a pas fait jurisprudence : c'est une décision d'espèce qui a statué sur la poursuite du notaire et où la distinction entre la contribution et l'obligation à la dette est loin d'être nettement marquée (5).

Nous venons de nous rendre compte ainsi de la complexité

(1) Cpr. Garnier, *Répertoire de l'enregistrement*, v° *Contrat de mariage*, n. 207. — V. égal. Dijon, 3 déc. 1869, S., 70.2.17 et la note, D., 70.2.161. — J. Toulouse, 13 juill. 1893, *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 563 *bis*. — Quant au taux des honoraires, v. Décrets du 25 août 1898.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 196.

(3) Garnier, *Rép. de l'Enregistrement*, v° *Contrat de mariage*, n. 205. — Caen, 6 déc. 1877, S., 78.2.215. D. 79.2.134.

(4) Civ. cass., 8 décembre 1874, S., 75.1.209 et la note, D., 75.1.33.

(5) Civ. cass., 21 juill. 1852, S., 52.1.696, D., 52.1.194.

que présente la question de contribution ou de répartition des frais du contrat de mariage entre les divers intéressés. Quant à celle de l'obligation, ou du droit de poursuite du notaire, elle est plus simple. Sans doute, le notaire peut s'appliquer à ne réclamer de chacun que les frais qu'il doit supporter définitivement. Mais, depuis longtemps, la jurisprudence lui reconnaît, contre les parties contractantes, une action solidaire pour le recouvrement de ses déboursés et le paiement de ses honoraires (Loi du 22 frimaire an VII, art. 29 et 30, art. 1999 et 2002 C. civ.) (1).

Ne perdons pas de vue, en effet, que l'article 33 de la loi de frimaire an VII rend le notaire personnellement responsable, sous des peines sévères, de l'acquittement des droits d'enregistrement.

CHAPITRE IV

DE L'ÉPOQUE A LAQUELLE DOIVENT ÊTRE RÉDIGÉES LES CONVENTIONS MATRIMONIALES. — DE LEUR IMMUTABILITÉ. — DES CONTRE-LETTRES.

§ I. *Époque de la rédaction des conventions matrimoniales.*

85. Les conventions matrimoniales doivent, à peine de nullité, être rédigées avant la célébration du mariage (art. 1394 al. 1er). Après il serait trop tard, fût-ce le jour même du mariage et quelques instants seulement depuis sa célébration (2). Cette règle juridique que le code civil a empruntée au droit coutumier (3), se comprend d'ailleurs très bien, soit que l'on

(1) De nombreux arrêts ont été rendus en ce sens. — V. notamment Dijon, 20 fév. 1867, S., 67.2.130.

(2) Riom, 11 janv. 1837, S., 37.2.421. — Lyon, 24 juin 1859, S., 60.2.17. — Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 503 *bis*, texte et note 1 s., p. 252 s. ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 59 s. ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 216 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 32 *in fine*. — *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 606 s.

(3) Pothier, *Communauté, Introduction*, n. 11. Dans les pays de droit écrit, au contraire, il était admis, comme en droit romain, que la rédaction des conventions matrimoniales pouvait avoir lieu au cours du mariage.

remarque qu'une fois le mariage célébré, il n'y a plus de motif de permettre des conventions particulièrement favorables comme celles que le législateur autorisait auparavant pour encourager au mariage, soit que l'on observe qu'une fois unis, les époux cessent d'avoir la même liberté pour débattre leurs conventions, de telle sorte que des abus d'influence deviennent à redouter.

§ II. *Immutabilité des conventions matrimoniales.*

86. Le principe suivant lequel les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage devait nécessairement entraîner cette conséquence, qu'elles ne peuvent être modifiées après ; car modifier une convention, c'est en faire une nouvelle. Cette règle est formulée par l'article 1395 : « *Elles* (les conventions matrimoniales) *ne « peuvent recevoir aucun changement après la célébration du « mariage.* » Le mariage fait donc du contrat une charte immuable.

87. La règle de l'immutabilité, qui n'existait pas en droit romain, a son origine en droit coutumier (1). Dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence, nous la voyons figurer, à côté de la solennité du contrat, comme corollaire de la prohibition ancienne des donations entre époux admise par un grand nombre de coutumes.

Observons, dans cet ordre d'idées, que le législateur de 1804, en faisant de la constatation par acte notarié une condition d'existence des conventions matrimoniales, a mieux assuré le respect de leur immutabilité que celles de nos anciennes coutumes, qui admettaient la preuve de ces conventions par acte sous signature privée, voire même par témoignage (2).

(1) Pothier, *Communauté, Introduction*, n. 12.

(2) Flaust, *Explication de la coutume et de la jurisprudence de Normandie*, I, p. 357 s., art. 386 de la Coutume de Normandie et art. 78 des Placités ; Basnage, *Œuvres* (4e édit.), II, p. 74 s. ; Boucheul, n. 60, sous l'art. 408 de la Coutume du Poitou, II, 702.

88. Mais sur quels motifs repose ce principe si rigoureux de l'immutabilité ? Les raisons qui l'expliquent sont complexes et ne doivent pas être isolées les unes des autres.

Il y a d'abord l'intérêt des époux. Nous rencontrons, à cet égard, le motif que nous avons exprimé déjà pour justifier que les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant le mariage. Il n'y a rien là qui doive surprendre puisqu'il s'agit, dans l'immutabilité, d'une conséquence directe de cette exigence de la loi. Étant donné que les époux, qui jouissaient avant le mariage d'une complète indépendance, voient leur situation changée, qu'après il y en a presque toujours un qui domine l'autre, la faculté de modifier les conventions matrimoniales pendant le mariage aurait fourni au plus fort un moyen d'oppression contre le plus faible. Ce motif, qui, en droit romain et dans l'ancien droit, avait fait supprimer ou restreindre la faculté de s'avantager entre époux, devait également toucher le législateur moderne. Celui-ci, tout en se montrant moins sévère qu'on ne l'avait été jadis, n'autorise cependant entre conjoints que des donations essentiellement révocables (art. 1096). A défaut du principe de l'article 1395, il aurait été trop facile, sous l'apparence d'un changement plus ou moins complexe aux conventions matrimoniales, de voiler des libéralités irrévocables.

Ces raisons qui expliquent la règle, dans une certaine mesure, ne sont pas les seules. En édictant l'article 1395, les rédacteurs du code civil ont tenu compte, à bon droit, de l'intérêt des tiers. On aurait, en effet, pu redouter que le changement apporté par les époux à leur contrat de mariage eût pour but de frauder les tiers et de soustraire des biens à l'action légitime des créanciers (1).

89. Il faut donc se garder avec soin de dire, avec Toullier (2), que l'article 1395 n'est que la sanction de l'article 1096, et que les changements apportés au contrat de mariage sont simplement révocables comme le sont les donations entre époux.

La vérité est, au contraire, que toute modification aux con-

(1) Fenet, XIII, p. 667.
(2) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 24 s., 35 s.

ventions matrimoniales est frappée de nullité (1). Nous aurons d'ailleurs l'occasion de préciser ce point par la suite, et d'établir que cette nullité, basée sur des considérations d'ordre public, est absolue et irréparable (2).

90. Rendons-nous compte, désormais, de l'étendue d'application de notre règle.

Dans ce but, il convient de remarquer, d'abord, que l'article 1395 ne saurait être invoqué toutes les fois qu'il ne s'agira que de l'exécution du contrat de mariage, ou de l'exercice même des droits qui en résultent ou sont la conséquence du mariage. C'est ainsi que bon nombre d'actes échappent, durant le mariage, à la prohibition que nous étudions. Il n'est pas douteux, par exemple, que le mari conservera, au cours du mariage et sans que l'article 223 y mette obstacle, la faculté de révoquer une autorisation donnée à la femme dans le contrat de mariage (3). Il en serait de même à l'égard de tout mandat ordinaire, c'est-à-dire révocable, conféré à la femme audit contrat. En somme, ce contrat, quelles que soient les stipulations qu'il contient dans cet ordre d'idées, laisse aux époux, au cours du mariage, l'exercice normal de tous les droits inaliénables comme la puissance paternelle, la puissance maritale, le droit d'administrer ses propres biens et d'en disposer à titre onéreux ou à titre gratuit, sous les restrictions résultant de l'adoption du régime et spécialement du régime dotal.

91. A l'inverse, il est d'autres actes qui apparaissent aussitôt comme une violation manifeste de la règle de l'article 1395.

Nous signalerons toute convention tendant à placer les époux sous un régime matrimonial différent de celui qui a été stipulé à l'origine (Cpr. art. 1443 *in fine*). Cette substitution conventionnelle d'un régime à un autre, au cours du

(1) Troplong, *op. cit.*, I, n. 202, 203; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 149, 150; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 503 *bis*, texte et note 8, p. 254 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 65: de Folleville, *op. cit.*, I, n. 90 *bis* ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 222; Huc, *op. cit.*, IX, n. 36. — Req., 23 juin 1887, S., 90.1.291, D., 87.1.449.

(2) V. *infra*, I, n. 203 s.

(3) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 225 ; Demolombe, *op. cit.*, IV, n. 324 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit comm.*, I, n. 186. — Bordeaux, 12 nov. 1873 S., 74.2.193.

mariage, tomberait sous la prohibition, alors même que les parties se seraient, dans leur contrat, réservé le droit de l'opérer. On hésite déjà beaucoup à admettre la validité de la stipulation d'un régime matrimonial sous condition casuelle, suspensive ou résolutoire ; mais tout le monde est d'accord pour voir une violation de l'article 1395 dans la substitution, sous condition potestative, d'un régime matrimonial à un autre (1).

Il n'est pas contestable, non plus, que la convention serait inefficace, même si elle tendait simplement à modifier quelques-unes des conséquences légales du régime établi. C'est ainsi, en imaginant les époux mariés sous le régime dotal, qu'il est incontestablement défendu de chercher à soustraire certains biens au régime de la dotalité, même d'augmenter la dot pendant le mariage (art. 1543), ou de stipuler une société d'acquêts (2).

92. Mais si l'on est d'accord sur les idées générales que nous venons de formuler, il s'en faut de loin, — tant les questions de fait abondent dans ce sujet, — que l'on puisse répondre, toujours, sans hésitation, à la question de savoir si telle ou telle convention constitue ou non une modification des conventions matrimoniales.

Nous allons essayer de tracer ici quelques règles, au moyen d'exemples empruntés à la jurisprudence, dont les hésitations sont excusables dans bien des hypothèses qui lui ont été soumises.

93. Malgré un arrêt rendu par la cour de Lyon, le 11 juillet 1857 (3), nous hésitons à ranger, parmi les hypothèses douteuses, celle dans laquelle la femme commune en biens a renoncé, au cours du mariage, au bénéfice d'une clause de remploi, libellée dans des conditions qui la rendent opposable aux tiers (4). Que le contrat de mariage ait établi ainsi

(1) V. *supra*, I, n. 47 *bis*.

(2) Pothier, *Communauté*, *Introduction*, n. 18 ; Troplong, *op. cit.*, I, n. 206;

(3) Lyon, 11 juill. 1857, S., 58.2.6, D., 59.1.122. — Cet arrêt a, d'ailleurs, été cassé, mais sans que notre question ait été soumise à la cour suprême. — Civ. cass., 1er mars 1859, S., 59.1.404. — *Contra* Limoges, 11 déc. 1863, S., 65.2.77, D., 64.2.117.

(4) V. *infra*, I, n. 424.

une véritable inaliénabilité dotale ou seulement, comme on peut le lire quelquefois, « une restriction à la faculté d'aliéner les biens soumis au remploi », l'effet de la clause ne nous semble pas pouvoir être, pendant le mariage, suspendu même au profit d'un tiers déterminé. Une telle renonciation, dit avec raison la chambre des requêtes de la cour de cassation, ayant pour conséquence de modifier la stipulation du contrat de mariage, « ne peut avoir d'effet pendant que le mariage dure encore » (1).

En tout cas, il est incontestable que le mari, durant le mariage, s'oblige très valablement à fournir à la femme le remploi du prix d'un immeuble, alors que le contrat de mariage permettait l'aliénation sans remploi. Il y a là, en effet, une garantie qui concorde avec le régime de la communauté, et la femme a très bien pu ne consentir à l'aliénation de son propre que sous cette condition (2).

94. Voici, tout au contraire, une question délicate. La femme commune en biens, qui, avec l'assistance de son mari, échange un de ses immeubles contre un immeuble appartenant à un tiers, peut-elle, écartant l'application de l'article 1407, stipuler valablement que l'immeuble acquis en contre-échange ne lui sera pas propre, mais appartiendra au mari ou à la communauté ?

Observons qu'une semblable stipulation serait certainement incompatible avec le régime dotal. En effet, l'échange n'est alors permis que sous la condition que le bien dotal sera remplacé, dans le patrimoine de la femme, par un autre bien dotal également inaliénable (art. 1554 et 1559 combinés) (3).

Remarquons également que, même sous le régime de la communauté, la convention supposée serait encore sans efficacité, si l'aliénation du bien n'était permise que sous la condition d'un bon et valable remploi, dont les tiers seraient responsables (4).

(1) Req., 19 juill. 1865, S., 65.1.372. — Cpr. Paris, 8 janv. 1890, sous Civ. rej., 21 fév. 1894 (et motifs de ce dernier arrêt), S., 95.1.393. — Guillouard, *op. cit.*, I, n. 232.

(2) Paris, 9 août 1870, S., 70.2.289, D., 72.2.113.

(3) V. *infra*, III, n. 1729 s.

(4) V. *infra*, I, n. 424.

La difficulté se trouve ainsi précisée. Il s'agit de rechercher si, sous le régime de la communauté, notre stipulation est ou n'est pas valable, lorsque le remploi n'est pas déclaré obligatoire par le contrat de mariage. La validité en paraît être consacrée par un arrêt de la Chambre des requêtes du 31 juillet 1832, qui a rallié les suffrages de Troplong, Aubry et Rau et de M. Guillouard (1).

Laurent enseigne, à juste titre, à notre avis, la doctrine contraire (2).

L'arrêt de 1832, en l'examinant d'un peu près, rendu contre l'administration de l'enregistrement, nous paraît être un arrêt d'espèce. Il juge que « la renonciation volontaire à l'article 1407 du code civil a été, *dans l'espèce*, un simple acte *d'acceptation limitée d'un remploi* ». Or, le bien abandonné par la femme en échange de 128 arpents de prés valait environ 27.000 francs, alors que les prés cédés par le tiers étaient estimés environ 52.000 francs. Une soulte de 25.000 francs ayant été payée par la communauté, on pouvait considérer que, dans l'espèce, les 128 arpents de prés étant parfaitement divisibles et déclarés tels au contrat, il y avait juxtaposition d'une vente et d'un échange.

Mais il nous paraît que c'est étrangement abuser de cet arrêt, que de vouloir en déduire la doctrine par nous répudiée. Cette thèse ne nous semble pas juridique, étant donné que, si elle ne met pas en cause sans doute l'existence du régime de communauté, elle aboutit à permettre d'en modifier, au cours du mariage, l'une des conséquences, ce qui, à notre avis, tombe sous la prohibition de l'article 1395. Lorsqu'un immeuble propre est échangé contre l'immeuble d'un tiers, il se produit de plein droit, en vertu de l'article 1407, une subrogation réelle. L'immeuble acquis en contre-échange est propre à la femme au lieu et place de son bien propre aliéné. Il lui est propre, comme le serait la créance du prix d'un bien propre vendu. Voilà la solution de la loi.

Sans doute, la femme pourrait vendre un de ses immeubles

(1) Req., 31 juill. 1832, S., 32.1.505. — Troplong, *op. cit.*, I, n. 639; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 503, texte et note 23 *in fine* ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 231.
(2) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 87. — V. également Huc, *op. cit.*, IX, n. 36.

pour un prix déterminé et le tiers acquéreur pourrait de son côté, dans le même acte, vendre un de ses immeubles à la communauté ou au mari. Sans doute, aussi, le tiers et le mari pourraient, toujours dans le même acte, s'entendre pour établir une compensation conventionnelle entre les deux prix. En fait, il est très permis de se demander si l'acte qui est intervenu dans tel ou tel cas peut s'analyser ainsi.

Mais, en droit, il nous semble impossible d'admettre que les époux puissent faire un véritable échange et le soustraire à l'application de l'article 1407, qui, s'ils ne l'ont pas écarté par leur contrat de mariage, fait partie intégrante de leur régime. Il est bien difficile de penser, avec Aubry et Rau et M. Guillouard, que l'article 1407 établit simplement une présomption de subrogation réelle que les époux auraient le pouvoir d'écarter à leur gré durant le mariage (1).

Nous devons pourtant reconnaître que c'est par un raisonnement identique, qu'on en est venu dans la pratique à permettre de convenir, à l'inverse, que le prix d'un immeuble conquêt peut être stipulé propre au profit de l'un des époux ou du survivant d'entre eux, du moins quand ce prix consiste en une rente viagère. Mais n'y a-t-il pas là une dérogation à la rigueur des principes? Admettrait-on que deux époux communs en biens, achetant un domaine, pussent valablement convenir que ce domaine appartiendra à celui des deux qui survivra? Incontestablement non. Qu'on fasse fléchir les principes dans des situations que le législateur du code civil n'a pas soupçonnées, comme celles que présente le contrat d'assurance sur la vie, passe encore. Mais il est impossible de les écarter dans des cas, comme celui de l'article 1407, que le législateur a soumis lui-même à leur application (2).

Concluons. Sous le régime de la communauté, la loi ou le

(1) Comprendrait-on, par exemple, que le mari, abandonnant un de ses immeubles propres à un tiers, stipulât que l'immeuble acquis en contre-échange tomberait en communauté, celle-ci lui devant par suite la valeur estimative de son immeuble propre ? Il en serait différemment si la clause attribuait à la femme l'immeuble obtenu en contre-échange, du moins au cas où le mari fournirait ainsi à son épouse un remploi dans les termes de l'article 1595.

(2) Lyon, 21 juill. 1819, S. 49.2.477, D., 49.2.223. — Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 77.

contrat, s'il s'agit de communauté conventionnelle, détermine les biens des époux qui leur demeurent propres et ceux dont la propriété devient commune. Si les époux stipulent qu'un bien acquis dans des circonstances déterminées sera propre, alors que la loi ou le contrat exige que ce bien soit commun, ou réciproquement qu'ils conviennent qu'un bien sera commun, alors que la loi ou le contrat veut qu'il soit propre : nous disons qu'il y a là une modification aux conventions matrimoniales répudiée par l'article 1395. Tels sont les vrais principes. Ils ne s'appliquent toutefois que dans les rapports des époux entre eux. L'article 1401-1° nous montre qu'il n'en serait pas de même lorsqu'il s'agit de libéralités faites par des tiers aux époux. Nous retrouverons d'ailleurs bientôt cette idée et nous en marquerons les conséquences (1).

94 ***bis***. Voici encore une autre application du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Les récompenses dues par les époux à la masse commune ou réciproquement (2) ne sauraient être liquidées avant la dissolution de la communauté (3). Ceci posé, imaginons que, au cours de la communauté, le mari remette à la femme une somme d'argent pour le remploi de ses reprises. Ce paiement est nul, car, pour qu'il fût susceptible de produire un effet légal, il faudrait que l'épouse pût rester propriétaire des deniers à elle versés par son mari. Or, cela n'est pas possible. Toute convention intervenue au cours du mariage, dont le but serait de soustraire les deniers à l'action de la communauté non dissoute, serait nulle comme constituant une liquidation anticipée de cette communauté et comme froissant par conséquent le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (4).

95. Il arrive, trop fréquemment, que l'on rencontre dans les contrats de mariage des énonciations inexactes, des simulations d'apports ou de paiement de dot. On peut se deman-

(1) V. *infra*, I, n. 101 s. et 116, III, n. 1574 s.
(2) V. *infra*, I, n, 803 s.
(3) V. *infra*, I, n. 786 *in fine*.
(4) V. et cpr. Cass. belge, 7 fév. 1895, D., 96.2.295 et Lyon, 28 déc. 1897, D. 99.2.49 et la note.

der si, en vertu du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, il faut maintenir ces énonciations et simulations. La négative est certaine tant en doctrine qu'en jurisprudence (1). Il est indéniable qu'on ne viole pas l'article 1395 en prouvant, après la célébration du mariage, que telle énonciation du contrat relative aux biens est simulée et que les apports étaient fictifs (2).

D'autre part, pour fournir cette preuve, il est inutile de s'inscrire en faux quand la contradiction s'adresse, non à l'officier public, mais aux contractants dont la sincérité des déclarations est seule contestée (3).

Toutefois, il ne faut pas se dissimuler, nous semble-t-il, qu'il y a peut-être une certaine inconséquence à admettre, aussi aisément, la preuve faisant disparaître, au préjudice des tiers, des apports fictifs, alors que l'on maintient, avec une rigueur inexorable, la nullité de tout amoindrissement de la dot convenu pendant la durée du mariage (4).

Les tiers auront, en tout cas, le droit de se prévaloir de l'article 1321 du code civil.

96. Les époux qui, nous l'avons constaté, ne pourraient, au cours du mariage, ni réduire, ni étendre la communauté réglementée par le contrat ou par la loi, et auxquels il n'est

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, 4e édit., § 503 *bis*, note 29; Guillouard, *op. cit.*, I, nos 247 et 293. — Req. 2 mars 1852, S., 52.1.262; D. 52.5.268. — Req. 2 mars 1904. *G. Pal.*, 1904.1.567, S., 1904.1.260, D. 1904.1.615. — Poitiers, 18 août 1872. S. 72.2.230. D. 73.5.138; Amiens, 22 nov. 1899, Rec. Amiens, 1899, p. 252 (V. *Gaz. Pal.*, 1901.1., table, v° *Contrat de mar.*, n. 3) — Limoges, 6 juillet 1901. D. 1903. 2.261 ; Lyon, 5 juin 1903, *G. Pal.*, 1903.2., table, v° *Contrat de mariage*, n. 1. On peut rapprocher des arrêts ci-dessus ceux qui déclarent qu'il n'y a point atteinte au principe de l'immutabilité dans l'admission de la preuve contraire à la présomption de libération, résultant de la clause que la célébration du mariage vaudra quittance. V. *infra*, II, n. 1343 et la note.

(2) Ne pas confondre cette hypothèse d'une dot simplement simulée et non sérieuse, avec celle d'une donation déguisée sous la forme d'une constitution de dot. Cette donation ne tombe-t-elle pas sous le coup de l'art. 1099? V. dans le sens de l'affirmative : Rennes, 9 fév. 1904. *Rev. du notariat*, 1904, p. 783, n. 11.859.

(3) Rapp. *infra*, I, n. 106 s. et 191 *in fine*. — V. également Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 86. — Req., 29 mai 1888, S., 89.1.68, D., 89.1.349. — Alger, 12 mai 1894, D., 96.2.27.

(4) Req., 23 juin 1887, S., 90.1.291. — Toulouse, 22 nov. 1894, *Gaz. Pal.*, 95.1.7.

pas davantage possible d'établir une communauté qu'ils auraient répudiée à l'origine (art. 1399), auraient-ils le droit de former entre eux une société ordinaire ? Ou bien l'article 1395 y met-il obstacle ?

Il n'est assurément guère contestable qu'ils puissent être actionnaires ou commanditaires d'une même société. Dans cette hypothèse, en effet, l'un et l'autre ont fait un placement de fonds, dont la validité ne saurait être mise en doute, sans restreindre, fort mal à propos, le droit d'administration de chacun des conjoints sur ses biens.

Mais deux époux peuvent-ils établir entre eux une société commerciale en nom collectif, ou même une société civile ordinaire ?

En dehors de la prohibition de l'article 1595, dit-on dans une doctrine, les contrats à titre onéreux entre époux sont valables, et l'on ne voit pas pourquoi on leur dénierait le droit d'exercer leur commerce ou leur industrie. S'il en était différemment, la loi porterait une grave atteinte à la liberté des professions. En imposant la vie commune, elle rendrait impossible aux conjoints le travail en commun dans bien des cas (1).

Cependant, la jurisprudence et bon nombre d'auteurs déclarent nulle la société entre époux (2). Point n'est besoin pour

(1) Planiol, *Rev. crit.*, 1888, p. 273-279 ; Delsol, *Rev. prat.*, I, p. 435. Pont, *Sociétés*, I, n. 35 s. ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 76 et XXVI, n. 140. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, 2e édit. n. 58, Beudant, *Cours de droit civil*, I, Des personnes, n. 313; Thaller, *Traité élémentaire de dr. comm.*, 3e édit. n.346 s.—Paris, 4 janvier 1885 sous Cass., 6 fév. 1888, S., 90.1.49, note Labbé.

(2) Crim. cass., 9 août 1851, S., 52.1.281, D.,51.1.161. — Paris, 14 avril 1856, S.,56.2.369, D., 56.2.231. — Req., 8 déc. 1891, S., 92.1.293, D., 92.1.117. — Nîmes, 24 avril 1900, S., 1902.2.302. — Req., 21 oct.1901, S., 1901.1.520; Nancy, 9 fév. 1901, *G. Pal.*, 1901.1.454 ; Bourges, 16 janv. 1900 et (dans la même affaire) Civ. rej., 5 mai 1902, *G. Pal.*, 1902.1.845. S. 1905.1.41. (note Hémard); D. 1903.1.207. — Rapp. Req., 6 fév. 1888, S., 90.1.49 (note Labbé). — Les décisions qui précèdent se réfèrent à des époux communs en biens. Il en a été rendu de même nature, à l'occasion d'époux séparés de biens. — V. Paris, 9 mars 1859, S., 59.2.502. — Paris, 24 mars 1870, S., 71.2.71. — Dijon, 27 juill. 1870, S., 71.2.268. — Civ. rej., 7 mars 1888, S., 88.1.305 (note Lacointa). — Req., 6 fév. 1883, S., 90.1.49 (note Labbé), D., 88.1.401. — Req., 27 juin 1893, S., 94.1.25, D., 93.1.488. (Cet arrêt prévoit le règlement des rapports *de fait* dont l'équité exige qu'il soit tenu compte). — Paris, 10 déc. 1896,

cela de prohiber entre eux tous les contrats à titre onéreux: car des raisons spéciales existent pour interdire la société. Toute société que contracteraient, en effet, les conjoints au cours du mariage, constitue un changement à leurs conventions matrimoniales. La communauté légale étant une vraie société entre époux (art. 1837), si ceux-ci l'ont écartée par leur contrat de mariage, il n'est pas douteux, à notre avis, que l'établissement d'une société quelconque entre eux, au cours de leur union, apporte une modification à ce contrat. De même, si le contrat de mariage a établi entre époux une communauté plus ou moins étendue, l'intervention postérieure d'une société ne peut, en fait, que restreindre ou étendre cette communauté, ce qui est défendu par l'article 1395 (1).

La solution que nous acceptons n'empêche nullement d'ailleurs le travail en commun des époux. Le partage des bénéfices résultant de ce travail sera réglé par leur contrat de mariage, ou, à défaut de contrat, par la loi, de même que le partage des bénéfices qu'ils peuvent réaliser chacun dans l'exercice d'une industrie séparée. Rien ne s'oppose, en effet, à ce que chacun des conjoints puisse faire séparément le commerce. Ils peuvent avoir l'un et l'autre la qualité de commerçant.

Gaz. Pal., 97.1.176, D., 97.2.125. — Agen, 22 mars 1899, D., 99.2.474. — Cpr. Req., 30 nov. 1886, S., 87.1.401 (note Labbé). — Massé, *Dr. comm.*, II, n. 1267; Troplong, *op. cit.*, I, n. 210 ; Bravard et Demangeat, *Tr. de dr. comm.*, I, p. 152 *in fine*; Alauzet, *Comment. sur le Code de comm.*, II, n. 387; Molinier, *Tr. de dr. comm.*, n. 177 ; Boistel, *Pr. de dr. comm.*, n. 102 ; Ruben de Couder, *Dic. de dr. comm.*, v° *Femme*, n. 54; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 229 ; *Rép. gén.*, Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 634 ; Houpin, *Soc. civ. et comm.*, 3e édit., n. 24. — Rapp. Lyon-Caen et Renault, *Tr. dr. comm.*, II, n. 78 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 25; Massigli, *Rev. crit.*, 1888, p. 653 (examen doctrinal). — Il est des auteurs qui pensent que les sociétés, défendues entre époux communs en biens, sont, au contraire, permises entre époux séparés de biens. V. Molinier, *loc. cit.* n. 117 ; Alauzet, *op. cit.*, I, n. 152. — V. également Delvincourt, *Cours de code civil*, III, notes et explications, p. 221 ; Duranton, *op. cit.*, XVII, n. 347, note 1, Huc, *op. cit.*, IX, n. 39.

(1) Un arrêt de la cour de Nîmes, du 18 déc. 1886 (sous Req., 12 juill. 1887, S., 87.1.384), ajoute que, s'il existe des enfants issus d'un précédent mariage de l'un des époux, l'art. 1840 interdit la société de tous gains. M. Planiol (*Rev. crit., loc. cit.*) fait toutefois remarquer qu'une société commerciale serait une société particulière, aux termes de l'art. 1842.

97. Mais supposons qu'une société existe déjà entre deux personnes avant la célébration de leur mariage. Faut-il aller jusqu'à dire, avec la jurisprudence, que s'il n'y a point là, sans doute, de changement apporté, après la célébration du mariage, aux conventions conjugales, la société n'en est pas moins incompatible avec l'état de mariage? Celui-ci suppose essentiellement la subordination légale de la femme au mari, tandis que le contrat de société exige, au contraire, entre associés en nom personnel, l'égalité complète (1). Nous estimons qu'il convient, à ce sujet, de se reporter au contrat de mariage pour donner une solution. Ce contrat réglementant les relations pécuniaires des époux, et aucun autre acte ne pouvant les régler s'il n'y a pas été en quelque sorte incorporé conformément aux articles 1396 et 1397, nous croyons que la société civile ou commerciale entre deux futurs époux ne peut être maintenue, durant le mariage, qu'en vertu d'une clause du contrat et en assurant les droits du mari comme chef. En passant, au contraire, sous silence la société antérieurement formée, le contrat de mariage l'abroge ou la remplace, selon qu'il exclut ou qu'il stipule une communauté entre les futurs conjoints. On pourrait, autrement, tourner avec facilité les dispositions impératives des articles 1396 et 1397, s'il était loisible de bouleverser le régime matrimonial à l'aide d'un acte sous seing privé de société antérieur au contrat de mariage et susceptible, pendant la durée de la vie commune, de toutes les modifications qu'il plairait aux époux d'y introduire. L'article 1395 ne serait plus qu'une disposition vaine et sans efficacité.

97 *bis*. Mais il ne faudrait pas considérer comme une société entre époux établie en violation de l'article 1395, la société, même en nom collectif, formée par le mari avec un tiers, l'apport du mari consistât-il en valeurs ou biens de communauté (2).

98. Au contraire de la société, le mandat est au premier rang des contrats permis entre époux. Rien de plus naturel,

(1) Nimes, 13 déc. 1886, S., 87.1.384, sous Req, 12 juill. 1887.
(2) Req., 24 mars 1903, S. 1904.1.137 (note). *G. Pal.* 1903.1.704.

en effet, et de plus légitime que la représentation juridique de l'un des conjoints par l'autre. On en rencontre bien des preuves dans la loi, tant dans l'article 1420 que dans les articles 1539, 1577 à 1580 (1).

Mais il importe d'observer que ces textes ne visent et que nous n'entendons désigner dans la règle ci-dessus posée, que le mandat proprement dit, c'est-à-dire révocable.

Quelle solution faut-il au contraire admettre au regard du mandat irrévocable, qui n'a pas simplement pour but de procurer à l'un ou à l'autre des époux une représentation juridique, mais qui tend à assurer en outre au mandataire certains droits, certains avantages pouvant modifier les conséquences des conventions matrimoniales ?

Dans cet ordre d'idées, il peut arriver de deux choses l'une : un mandat irrévocable ou bien est conféré par le mari à sa femme, ou bien, à l'inverse, est donné par l'épouse à l'époux.

Supposons d'abord un mandat irrévocable consenti par le mari au profit de sa femme.

S'il lui est donné dans le contrat de mariage lui-même, un semblable mandat peut porter atteinte aux droits du mari comme chef, dans la mesure par nous indiquée précédemment et sur laquelle nous n'avons pas ici à insister à nouveau (2).

Si ce mandat irrévocable vient à être conféré par le mari à la femme au cours du mariage, alors, non seulement il ferait échec aux droits du mari comme chef, — il les amoindrirait en quelque sorte, — mais, de plus, il violerait l'article 1395, en modifiant gravement les conventions matrimoniales. Un tel mandat serait donc frappé de nullité (3).

Passons au mandat irrévocable donné par la femme au mari. Un semblable mandat est loin, peut-on soutenir dans une doctrine d'ailleurs contestable, de porter atteinte aux droits du mari comme chef, puisqu'il étend nécessairement les droits que la loi lui confère. Il ne se heurte donc pas à la prohibition édictée par l'article 1388. Mais, s'il intervient pen-

(1) V. et cpr. Req., 21 avril 1898, D., 98.1.506.
(2) V. *supra*, I, n. 19 s. et *infra*, III, n. 1766.
(3) Rapp. Civ. rej., 8 janv. 1890, S., 92.1.380, D,, 91.1.225.

dant la durée du mariage, n'est-il pas contraire à l'article 1395? Oui, semble-t-il. Il faudrait donc admettre qu'un tel mandat, valablement établi par le contrat de mariage, comme partie intégrante des conventions matrimoniales, serait frappé de nullité s'il était intervenu après la célébration du mariage (1).

Nous n'aurions plus rien à ajouter sur cette théorie du mandat tant révocable qu'irrévocable, dans ses rapports avec les conventions matrimoniales, si la jurisprudence n'avait fait surgir de graves questions sur des mandats qui, ce nous semble, ont paru discutables surtout à raison de leur gravité et de leur étendue.

99. La jurisprudence s'est, en effet, beaucoup occupée de deux sortes de mandats très larges, donnés par la femme au mari, et dont l'usage tendait à se répandre, l'un par lequel la femme autorise son mari à aliéner tous ses immeubles, sans fixer un prix minimum de l'aliénation ; l'autre en vertu duquel elle lui donne le pouvoir d'emprunter en son nom des sommes illimitées, de l'engager au besoin, dans son propre intérêt, comme caution ou codébitrice solidaire ou même de subroger à son hypothèque légale et de céder ses reprises.

Nombre d'arrêts de la Cour de cassation (2), dont deux ont un remarquable caractère doctrinal, ont fixé la jurisprudence en ce sens, que la femme ne peut pas, *durant le mariage*, donner valablement à son mari une procuration générale d'emprunter en son nom des sommes illimitées, ou de céder à des conditions abandonnées à son appréciation, ses reprises ou son hypothèque légale.

(1) V. et cpr. Montpellier, 2 nov. 1897, sous Civ. rej., 15 mai 1899, D., 99.1.353 (note Sarrut).

(2) Req., 18 mars 1840, S., 40.1.201, D., 40.1.160. — Req., 19 mai 1840, S., 41.1.60, D., 40.1.310. — Civ. cass., 18 juin 1844, S., 44.1.492, D., 44.1.306. — Civ. cass., 10 mai 1853, S., 53.1.572, D., 53.1.160. — Civ. cass., 15 févr. 1853, S., 53.1.145, D., 53.1.75. — Req., 4 mai 1863, S., 63.1.213. — Rapp. Req., 6 fév. 1861, S., 62.1.72, D., 61.1.366. — Civ. rej, 6 déc. 1853, S., 53.1.678, D., 59.1.75. — Req. 18 avril 1893, S., 94.1.5 note Labbé. Cpr. Pau, 14 juin 1898, S., 99.2.280 (mandat général conféré à un tiers, par la femme autorisée de son mari). — Boucheul, sur l'art. 225 de la Coutume du Poitou, n. 47, I, p. 728 ; Pothier, *Puissance du mari*, n. 67 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 127 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, IV, § 412, texte et notes, p. 640 s. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Mandat*, n. 411.

Il importe de bien saisir les motifs de cette solution. Une procuration de ce genre pourrait être valable si elle était consentie par tout autre que par une femme mariée. Voici, en effet, la seule cause de nullité signalée par la Cour de cassation. La femme qui donne à son mari une procuration d'aliéner, d'emprunter, de céder ses reprises ou de subroger à son hypothèque légale, consent à un acte de disposition qu'elle est incapable de faire sans une autorisation *spéciale* de son mari. Or, cette autorisation n'est spéciale qu'autant que l'affaire pour laquelle elle est donnée est déterminée avec précision, par exemple l'autorisation d'emprunter telle somme d'argent, de vendre tel immeuble, etc. Donc, la procuration qui contient tout à la fois *mandat* donné par la femme au mari et *autorisation* maritale de consentir ce mandat, est nulle si ses termes trop vagues ne donnent pas à cette autorisation la spécialisation voulue par la loi. Il y a, en somme, une violation des art. 223 et 1538 ou 1576, al. 2, du code civil (Cpr. art. 1428 et 1535, al. 2).

La seule question à examiner est donc celle-ci: l'autorisation du mari, contenue expressément ou implicitement dans ladite procuration, est-elle une autorisation spéciale ? Pour y répondre, on a trop souvent essayé de s'éclairer à l'aide des articles 1987 et 1988 et de la distinction du mandat général et du mandat spécial. Mais cette dernière distinction est, elle-même, des plus confuses. Loin d'aider à déterminer les conditions de la spécialité de l'autorisation, elle n'a servi qu'à embrouiller la dispute.

Pour rétablir les principes, on nous permettra de reproduire les considérants très sobres de l'arrêt rendu par la chambre civile, le 10 mai 1853 (1) : « Attendu, dit la Cour, que le mandat donné par la dame P... à son mari, dans les termes que constate l'arrêt attaqué, était conféré en vertu d'une autorisation qui n'avait aucun des caractères de spécialité voulus par la loi pour sa validité ; qu'en effet, l'acte du 22 décembre 1842 contenait tout à la fois une *autorisation* donnée par le mari à sa femme, à l'effet de vendre tous

(1) Civ cass., 10 mai 1853, S., 53.1.572, D., 53.1.160.

les immeubles qu'elle possédait conjointement avec lui, de s'engager à toutes garanties de fait et de droit, et de subroger tous acquéreurs dans tous ses droits et privilèges, et un *mandat*, donné au mari par sa femme ainsi autorisée, pour contracter en son nom les engagements plus haut énoncés ; — attendu que le mandat, pour être valable, suppose la capacité légale de la personne de qui il émane, et que la dame P..., ne pouvant consentir par elle-même, sans une autorisation spéciale, détaillée pour chaque acte, chaque engagement, les obligations mentionnées en la procuration ci-dessus, n'a pu conférer à son mari, pas plus qu'à tout autre, le pouvoir de les consentir pour elle, en dehors des conditions de spécialité voulues par la loi, telles qu'elles résultent de la combinaison des articles 217, 223 et 1538 du code civil ; — attendu que les faits ultérieurs d'exécution donnée par le mari à ce mandat ne peuvent en changer la nature et lui conférer une validité qu'il n'avait pas dans le principe ; — attendu, dès lors, qu'en jugeant le contraire, l'arrêt a formellement violé les articles 217, 223, 1538 du code civil, et faussement appliqué l'article 1987 du même code ; — casse, etc.... » La véritable théorie est ainsi très nettement dégagée. Elle avait été déjà consacrée, dès le commencement du XIXe siècle, dans un arrêt de la cour de Poitiers, du 5 pluviôse an XIII, qui nous est signalé dans le très intéressant rapport de Troplong, à la suite duquel la chambre des requêtes de la Cour suprême rendit, le 18 mars 1840, une décision conforme à notre manière de voir (1).

100. Mais si, au lieu d'un mandat donné par la femme au mari, *au cours du mariage*, alors qu'elle ne peut aliéner ni emprunter qu'avec une autorisation *spéciale*, nous supposons un mandat du genre de ceux qui nous occupent, octroyé par la femme au mari *par contrat de mariage*, c'est-à-dire à une époque où elle est encore maîtresse de ses droits, convient-il d'en reconnaître la validité ? Oui, nous dit un arrêt de la

(1) Il ne faut pas considérer comme contraire à cette doctrine de la Cour suprême, un arrêt rendu par la cour de Chambéry, le 18 févr. 1861, S., 61.2.282. Cet arrêt a, en effet, statué sur une affaire régie par le code sarde, dont les dispositions, à notre point de vue, différaient de celles de la loi française.

Cour de cassation, rendu sur le rapport de M. Cotelle (1).

La doctrine de cet arrêt fait naître, dans notre esprit, un doute qu'on nous pardonnera d'exprimer. La chambre des requêtes de la Cour suprême trouve licite le *mandat général* (et irrévocable) d'aliéner ses immeubles, « conféré par la femme à son mari, *non pendant leur union*, mais aux termes du contrat qui l'a précédée. » Elle en donne cette raison, que la femme a ainsi combiné le régime dotal, adopté dans son contrat, « *avec la clause d'ameublissement*, autorisée par l'article 1507, laquelle permet au mari d'aliéner, même en totalité, les immeubles *propres* à sa femme. »

Cet argument nous paraît pécher par la base. L'article 1507 commence, en effet, par nous dire que l'immeuble, objet d'un ameublissement déterminé ou ameubli en totalité, est devenu bien de la communauté. Il ajoute alors, — ceci est un rappel pur et simple du principe écrit dans l'article 1421, — que le mari en peut disposer comme des autres effets de la communauté et l'aliéner en totalité. Et, pour éviter toute équivoque, le législateur déclare que l'immeuble ameubli seulement jusqu'à concurrence d'une certaine somme, ou objet d'un ameublissement indéterminé, ne peut être aliéné qu'avec le consentement de la femme (art. 1507 al. 3 et 1508 al. 2). En un mot, lorsque l'immeuble ameubli est resté la propriété de la femme, quand il n'est pas devenu immeuble de la communauté, le mari ne peut pas l'aliéner en sa seule qualité de chef de cette communauté. Il ne lui est alors possible de l'aliéner que comme tout autre immeuble propre de la femme, et l'article 1428 alinéa 3 emploie les mêmes expressions que celles qui sont écrites dans les articles 1507 alinéa 3 et 1508 alinéa 2. Il n'est donc pas exact de dire, comme on le rencontre dans l'arrêt de la chambre des requêtes, que la clause d'ameublissement permet au mari d'aliéner les immeubles *propres* de la femme. Elle ne lui attribue, en effet, ce pouvoir, que si ces immeubles ont cessé d'être propres et sont devenus des biens communs.

Ceci posé, il s'agit, dans notre hypothèse, de savoir si la

(1) Req., 14 fév. 1893, S., 93.1.359, D., 93.1.261.

femme a pu conférer, par contrat de mariage, au mari le pouvoir irrévocable d'aliéner des immeubles, qui, pourtant, resteront sa propriété.

L'habile rapporteur avait présenté l'argument d'autre façon. La femme, avait-il dit en substance, pouvant ameublir une partie (art. 1507) ou la totalité de ses immeubles (art. 1526), a fait un acte moins grave, en donnant seulement à son mari le mandat irrévocable de les aliéner. Au lieu de s'en dépouiller au profit de la communauté, elle s'est contentée, dans le contrat de mariage, de donner au mari pouvoir d'aliéner ses immeubles en son nom.

Sous cette forme, l'argument nous laisse encore un scrupule. Est-il bien vrai de dire que la femme ait fait, dans notre hypothèse, un acte moins grave que l'ameublissement ? La vérité est qu'elle a fait toute autre chose. N'a-t-elle pas tenté de combiner deux idées peu conciliables l'une avec l'autre ? N'est-il pas singulier de voir un pouvoir irrévocable d'aliéner, confié à un usufruitier et entraînant pour le nu propriétaire, non pas une incapacité de disposer, analogue à celle de l'article 1554 et corrélative à une indisponibilité ou inaliénabilité, mais une défense d'aliéner soi-même, autrement que par la volonté, désormais indépendante, de l'usufruitier mandataire irrévocable ? Dira-t-on que le nu propriétaire reste maître de vendre, mais que l'usufruitier peut disposer lui aussi, et vendre la pleine propriété? Il est vrai que cet usufruitier devra aliéner au nom du nu propriétaire, auquel appartiendra le prix. Mais il pourra vendre, malgré le nu propriétaire, au profit d'un acquéreur dont celui-ci ne voudrait pas, et chose plus grave, pour un prix que ce propriétaire trouverait trop peu élevé. Tout cela est-il bien logique ou même juridique ?

Et que penserait-on d'un mandat irrévocable donné, dans le contrat de mariage, par la femme à son mari, de consentir, quand il lui plaira et à qui lui plaira, *donation* des futurs conquêts de communauté ? On pourrait objecter, peut-être, que l'article 1388 défend de *déroger* aux droits du mari comme chef de l'association conjugale, *aussi bien pour les étendre que pour les restreindre*. Mais pourtant avec la thèse de la chambre des requêtes, il sera permis de stipuler au contrat

de mariage que le mari aura le pouvoir d'aliéner à titre gratuit les *propres* de la femme. Comprendrait-on alors que le contrat de mariage pût attribuer au mari sur les propres de l'épouse, — étant donné que le mari administrateur et usufruitier de ces propres, agit comme chef de l'association conjugale, — des pouvoirs que le même contrat ne pourrait pas lui conférer sur les conquêts de la communauté ?

101. Quoi qu'il en soit, et revenant au principe de l'article 1395, — la théorie du mandat dans ses rapports avec les conventions matrimoniales, qu'il nous a semblé essentiel de présenter ici dans son ensemble, nous en a quelque peu éloignés, — demandons-nous si la règle de l'immutabilité doit être étendue aux libéralités faites par le contrat de mariage, soit par l'un des époux à l'autre, soit par un tiers aux époux ou à l'un d'eux.

Ces libéralités sont irrévocables, c'est-à-dire à l'abri de toute atteinte résultant de la seule volonté du donateur. Mais ne sont-elles pas, en outre, protégées par le principe d'ordre public de l'article 1395, contre tout changement résultant d'un accor dentre le donateur et le donataire, ou d'une renonciation émanant de ce dernier ?

L'affirmative, présentée déjà comme un axiome par Pothier (1), ne fait doute aujourd'hui ni en doctrine, ni en jurisprudence (2). Ces donations sont, dans nos mœurs, un élément du contrat de mariage (art. 1398) ; elles doivent donc participer à son immutabilité.

Mais si le principe est certain, il s'en faut de loin que les questions soulevées par son application puissent être tranchées toujours sans difficultés.

102. Deux hypothèses, régies par des règles spéciales, peuvent être immédiatement mises à part.

Il est possible, d'abord, que la libéralité fasse corps avec les

(1) Pothier, *Traité de la communauté, Introduction*, n. 18. — « Un second caractère, qui, nous dit-il, est propre aux *conventions matrimoniales* et *aux donations portées par les contrats de mariage*, est qu'aussitôt qu'elles ont été confirmées par la célébration du mariage qui a suivi le contrat, il n'est plus permis aux parties d'y déroger en rien, même par leur consentement mutuel. »

(2) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 234 s. — Civ. rej., 22 janv. 1894, S. 94.1 173, D. 94.1.394.

conventions matrimoniales proprement dites, et qu'elle soit tellement enchevêtrée avec elles, que l'acte intervenu durant le mariage constitue un changement au régime matrimonial certainement atteint par la prohibition de l'article 1395. C'est ainsi qu'il faudrait considérer comme impossible au cours du mariage un abandon réciproque entre époux d'un droit d'usufruit, établi par leur contrat de mariage au profit du survivant, sur les acquêts de communauté (1).

D'autre part, à moins qu'elles ne figurent au contrat de mariage d'un nouveau gratifié, les conventions intervenues pendant le mariage seront nulles comme pactes sur succession future, si elles modifient les droits que l'un des époux a pu acquérir en vertu d'une institution contractuelle insérée à son contrat de mariage. Il peut arriver ainsi que les tribunaux, pour prononcer la nullité de l'acte incriminé, puissent s'appuyer tout à la fois sur l'article 1395 et sur l'article 1130 du code civil (2).

103. Mais, ces hypothèses mises de côté, dans la plupart des cas il s'agit seulement de rechercher si l'acte juridique intervenu pendant l'union conjugale est illicite comme apportant un changement à la donation faite dans le contrat de mariage. Comment, à l'égard des biens ou droits provenant aux époux de donations portées en leur contrat, convient-il de concilier la règle de l'immutabilité de l'article 1395 avec le principe, non moins respectable, de la libre disposition des biens à titre gratuit ou à titre onéreux, qui ne doit subir d'autres restrictions que celle résultant de l'inaliénabilité dotale ? Tel est le problème à résoudre.

La règle qui prévaut pour en donner la solution peut se résumer ainsi. Il n'est pas permis au donataire de restituer au donateur une partie ou la totalité de la donation ; il ne peut pas lui en faire abandon. Mais, au lieu de renoncer à son droit, il est loisible au donataire de l'exercer, de l'utiliser ou même d'en disposer, à titre onéreux ou à titre gratuit, au profit des tiers. En somme, les renonciations abdicatives

(1) Civ. cass., 1er juill. 1889, S., 91.1.101, D., 90.1.123.
(2) Toulouse, 15 avril 1842, S., 42.2.385. D. Rép. v° *Contr. de m.*, n. 334.

ou extinctives, c'est-à-dire les renonciations proprement dites, sont interdites au donataire, tandis que les renonciations translatives, — qui, d'ailleurs, ne constituent pas de vraies renonciations, — restent licites. En un mot, il est permis au donataire d'exercer son droit, de le transférer (1), mais non de l'abdiquer.

Il importe peu d'ailleurs que le changement opéré dans la donation résulte d'un acte entre-vifs nouveau ou d'une disposition testamentaire. Dans l'un et l'autre cas, ce changement est toujours illicite, du moins lorsqu'il s'agit de donations entre futurs époux, établissant des gains de survie par contrat de mariage (2).

104. Nous allons désormais faire l'application de la règle posée, en imaginant, d'abord, qu'il s'agit d'une donation faite par un tiers à l'un des époux, puis d'une donation intervenue entre futurs conjoints.

105. Étant donné qu'une donation a été faite par un tiers à l'un des époux, il y a des applications de notre règle qui ne sauraient soulever de difficultés.

C'est ainsi que serait nul le partage d'ascendants qui, au cours du mariage, effacerait le caractère préciputaire attribué aux libéralités faites, par contrat de mariage, à quelques-uns des copartagés (3).

106. Les tribunaux n'hésitent pas davantage à annuler la renonciation, postérieure à la célébration du mariage, à une dot constituée à la future épouse pour lui procurer, du moins en apparence, la somme voulue par les règlements militaires (4).

A ce sujet, il importe de noter qu'une circulaire du ministre

(1) Civ. Cass., 1er juillet 1889, S., 91.1.101 ; D. 90.1.123.

(2) Paris, 8 janv. 1890, D., 90.2.74. — Rouen, 15 déc. 1891, S., 93.2.217, note Tissier, D., 92.2.437. — Huc, *op. cit.*, IX, n. 35. V. *infrà*, I, n. 114, 115.

(3) Civ. cass., 28 mars 1866, S., 66.1.217, D., 66.1.397. — Civ. cass., 26 mars 1867, S., 67.1.215. — Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 503, texte et note 22, p. 257.

(4) Bastia, 16 juin 1856, S., 56.2.81, D., 56.5.58. — Limoges, 13 juill. 1878, S., 78.2.269, D., 79.2.181. — Toulouse, 22 nov. 1894, *Gaz. Pal.*, 1895, 1, 7. — V. cep. quant au droit des tiers de prouver la simulation du paiement de la dot, Alger, 19 mai 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, II, p. 260. — Guillouard, *op. cit.*, I, n. 236. — V. également *supra*, I, n. 95, et *infra*, I, n. 191, *in fine*.

de la guerre en date du 1er octobre 1900 (1), a supprimé la condition d'un minimum d'apport dotal de la part de la future épouse, condition mise par de nombreuses circulaires, — désormais abrogées, — au consentement de l'autorité supérieure pour le mariage de ses subordonnés.

A l'avenir, les gouverneurs, commandants de corps d'armée et le ministre, chacun dans la limite de ses attributions, apprécient chaque cas particulier sur le vu, notamment, « d'un certificat du maire constatant la situation de la future et celle de ses parents, la réputation dont elle jouit ainsi que sa famille. »

Les simulations de dot, qui avaient cette origine spéciale, vont donc devenir de plus en plus rares.

107. D'autre part, en supposant une constitution de dot, si le mari en consentait seul la remise pour la totalité ou pour partie, il excèderait presque toujours les pouvoirs qui lui appartiennent (2). Il lui serait seulement possible de faire personnellement une libéralité au constituant, sans compromettre le droit pour la femme de lui réclamer la restitution de la dot, comme s'il l'avait effectivement reçue.

Mais l'article 1395 serait au contraire applicable, si le mari et la femme consentaient à la remise de sa dette au profit de l'auteur de la constitution de dot.

Rodière et Pont sont toutefois d'un avis contraire (3). Ils invoquent à tort, à l'appui de leur manière de voir, un arrêt de la cour de cassation du 3 mai 1848 (4). Cet arrêt a statué sur une quittance de dot, qui ne fut point donnée pendant le mariage, ainsi que le disent les savants auteurs, mais bien dans le contrat de mariage lui-même. La cour suprême a vu là une donation consentie par le gendre à son beau-père, *donation laissant subsister la constitution de dot avec tous ses effets légaux... et non une contre-lettre, qui*

(1) V. *Journal off.*, 4 oct. 1900. — V. une circulaire identique du ministre de la marine, en date du 9 oct. 1900 ; *J. off.*, du 10 oct.

(2) V. Seriziat, *Tr. du régime dotal*, 2e tirage, p. 372, n. 271 ; Tessier, *Questions sur la dot*, p. 173, 174.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 151.

(4) Req., 3 mai 1848, D., 48.5.108 et *J. Pal.*, 48.1.530.

suppose essentiellement un changement aux conventions matrimoniales. L'arrêt de 1848 ne prête donc aucun appui à la thèse de la validité des remises de dot. S'il maintient, en effet, la quittance incriminée, c'est après avoir affirmé, tout au contraire, que, dans l'espèce, il ne se rencontrait ni *changement* aux conventions matrimoniales, ni contre-lettre, et que la constitution de dot subsistait avec tous ses effets légaux. Loin de contredire l'opinion généralement admise, l'arrêt de 1848 vient donc la confirmer.

108. La Cour de Pau (1) a fait de cette opinion une curieuse application. Il s'agissait, dans l'espèce soumise aux délibérations de la cour, d'un ascendant qui, après avoir fait, par contrat de mariage, donation de l'*usufruit* d'un immeuble aux époux, leur vendit plus tard la *pleine propriété* du même bien. Étant venu, faute de paiement du prix de la vente, à saisir l'immeuble sur les époux, l'ascendant s'en rendit adjudicataire. La cour décida que les conjoints avaient le droit de réclamer leur usufruit, parce que la vente intervenue au cours du mariage, comprenant un usufruit qui avait été donné par le contrat, était nulle en tant qu'elle dérogeait aux conventions matrimoniales.

109. Nous venons de signaler ainsi un certain nombre d'exemples, dans lesquels il y a nullité pour violation de l'article 1395.

Mais, à l'inverse, ce texte ne s'appliquerait pas à l'encontre de tout acte tendant à amener l'exécution de la libéralité portée au contrat, à la fortifier par des garanties : cautionnement, solidarité, hypothèque.

110. Malgré les scrupules de Laurent (2), nous n'hésiterons pas, non plus, à dire qu'il est possible, sans transgresser la défense écrite dans l'article 1395, d'apporter quelques changements dans le mode de paiement de la dot promise.

On peut très bien convenir, par exemple, que la dot sera payée en immeubles quoiqu'elle ait été promise en argent (3).

(1) Pau, 9 janv. 1877, S., 77.2.208.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 85.

(3) Req., 4 août 1852, S., 52.1.631, D., 52.1.193. — Req., 14 nov. 1898, S. 1900.1.15, D. 99.1.40. — V. également Civ. rej., 8 déc. 1874, S., 75.1.209, D.

L'article 1406 [1] paraît supposer, au surplus, la validité d'une opération de cette nature [2].

111. Mais faut-il considérer comme n'apportant à la constitution de dot qu'un changement secondaire, touchant seulement à son mode d'exécution, les conventions qui, pendant le mariage, modifieraient l'échéance de la dot ou le droit aux intérêts ?

Une distinction s'impose à cet égard. Tandis que toute convention qui fortifie et améliore les droits de l'époux à notre point de vue doit être valable [3], il faut annuler au contraire celles qui pourraient les amoindrir ou les compromettre.

C'est ainsi que si le mari, même sous le régime dotal [4], peut, sans aucun doute, renoncer aux intérêts échus dont il a la libre disposition, il ne peut point au contraire renoncer aux intérêts futurs [5].

De même, c'est affaiblir ou atténuer la donation et par suite apporter au contrat de mariage un changement illicite, que de différer jusqu'au décès du donateur l'échéance de la dot, que de renoncer à la lui réclamer de son vivant, au risque de se trouver ensuite en face d'une succession bénéficiaire ou vacante [6].

75.1.33. — Civ. rej., 22 juill. 1889, S., 89.1.456, D. 90.1.425. — Req., 6 déc., 1892, S., 93.1.187. — Req., 27 nov. 1900, D. 1901.1.100. S., 1901.1.119 (statuant sur pourvoi formé c. Bordeaux, 18 juill. 1898). — Aix, 19 avril 1872, S., 74.2.10, D., 73.2.239. — Paris, 11 mars 1879, S., 79.2.172, D., 80.2.228. — Angers, 23 fév. 1897, D., 98.2.161. — V. cep. J. Bordeaux, 6 mai 1898. *Gaz. Pal.*, 1899.1, table, v° *Contrat de mariage*, n. 1-2, renvoyant à Rec. Bordeaux, 99.2.1 (la nouvelle convention avait paru entachée d'une fraude dirigée contre les tiers). — Cpr. Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 151; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 503 *bis*, texte et note 27, p. 259; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 243; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 85.

(1) V. *infra*, I, n. 363 s.

(2) V. toutefois relativement au régime dotal, *infra*, III, n. 1579 *in fine*.

(3) Req., 22 août 1882, S., 83.1.25, D., 83.1.296.

(4) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 535, texte et note 34, p. 554.

(5) Pau, 9 janv. 1838, S., 39.2.339. — Rennes, 1er mars 1849, S., 49.2.602. D., 51.2.238. — V. aussi Bastia, 16 janv. 1856, S., 56.2.80, D., 56.2.58. — Rouen, 22 juillet 1863. S., 64.2.108. — Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 503 *bis*, texte et note 20, p. 253, 257 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 79 s. ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 236, 237.

(6) Civ. cass., 4 déc. 1867, S., 68.1.153 (note Rodière), D., 67.1.455.

En sens inverse, nous validerons le paiement anticipé de la dot, fût-il intervenu avant la célébration du mariage (1). La quittance ainsi donnée ne serait une contre-lettre, apportant un véritable changement aux conventions matrimoniales, que si le paiement allégué était fictif ou simulé.

112. Il se dégage, en définitive, des développements qui précèdent, que les conventions, intervenues au cours du mariage et dans lesquelles figure le donateur, doivent être examinées avec soin par les juges. Si elles n'ont pas trait exclusivement au paiement de la dot, elles contiendront presque toujours une modification de cette dot, prohibée par l'article 1395.

113. En posant la règle générale qui domine tout notre sujet, nous avons eu soin de faire remarquer que, si le donataire ne peut pas abdiquer ni compromettre son droit, il lui est au contraire permis de l'exercer et de le transférer.

Les actes à titre onéreux ou à titre gratuit, passés, pendant la durée du mariage, non avec le donateur mais avec des tiers par l'époux donataire, ne sont donc pas contraires à l'article 1395. Ces actes seront, le plus souvent, l'exercice normal du droit du donataire, et cela, alors même qu'ils affecteraient la forme d'une renonciation. Renoncer au profit d'un tiers ne constitue point une simple abdication, mais bien un acte de disposition. En effet, pour en assurer le bénéfice à d'autres qu'à ceux qui devraient en profiter si la renonciation était pure et simple, ou même pour le répartir entre eux autrement, le prétendu renonçant doit d'abord accepter le droit, puis en faire donation. Il y a là, comme l'a dit la cour de cassation, « un acte personnel de libéralité qui n'est que l'exercice même du droit qui en est l'objet (2). »

114. Nous venons d'envisager ainsi l'hypothèse d'une donation faite par un tiers aux époux. Occupons-nous, désormais, de celle où il s'agit d'une donation intervenue entre les futurs conjoints.

Les principes que nous venons d'exposer s'appliquent

(1) Req., 6 déc. 1892, S., 93.1.187, D., 93.1.219.
(2) Civ. cass., 1 juill. 1889, S., 91.1.101, D., 90.1.123.

d'ailleurs, en général, aux donations que l'un des époux a faites à l'autre par contrat de mariage, avec ou sans réciprocité. Irrévocables à la différence des donations entre époux, elles participent à l'immutabilité des conventions matrimoniales. C'est d'elles surtout qu'il est souvent vrai de dire qu'elles se confondent plus ou moins intimement avec ces conventions proprement dites, dont elles portaient du reste le nom dans l'ancien droit. Quelques-unes d'entre elles, comme le préciput et, en général, toutes les clauses de partage inégal de la communauté (argument des art. 1496 et 1527), ont un caractère mixte qui les place entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit (1).

115. Mais, alors même qu'il s'agit d'une donation proprement dite, portant exclusivement sur les biens du prédécédé, il est incontestable qu'elle ne pourrait pas valablement disparaître par l'effet d'une renonciation émanée du donataire au cours du mariage. Cette nullité des renonciations aux gains de survie entre époux est tellement bien établie en jurisprudence que, devant la cour de cassation, on semble ne plus oser la contester. Ainsi, en 1893, on s'est borné à soutenir la validité d'une garantie, souscrite par une belle-mère envers son gendre, pour le cas où la nullité de la renonciation consentie par sa fille à un gain de survie, stipulé au contrat de mariage, serait invoquée. La chambre civile de la cour suprême, dans un arrêt de rejet du 22 janvier 1894, a annulé cette garantie elle-même, la nullité des engagements pris par le gendre ayant pour conséquence la nullité de ceux que sa belle-mère prenait envers lui (2). La chambre des requêtes avait, il est vrai, admis, le 14 avril 1856, la validité d'un pacte analogue; mais il avait été conclu, en *dehors des deux époux*, par le père et le beau-père, se portant fort pour eux, ce qui était très différent et ne touchait nullement aux conventions matrimoniales (3).

116. Jusqu'à ce moment, en nous occupant tour à tour des donations faites par un tiers aux futurs époux ou par l'un

(1) V. *infra*, II, n. 1401 s., 1450 s.
(2) Civ. rej., 22 janv. 1894, S. 94. 1. 173.
(3) Req., 14 avril, 1856, S., 57. 1. 49.

des futurs conjoints à l'autre, nous n'avons guère examiné que des hypothèses dans lesquelles l'époux donataire se trouvait plus ou moins dépouillé du bénéfice de la libéralité portée au contrat de mariage. Nous avons supposé, — et il semble qu'aucun doute ne soit possible contre cette solution, — que les actes juridiques intervenus durant le mariage ne sauraient au contraire être incriminés, si le résultat est une augmentation de la libéralité stipulée au contrat (1).

On a pu dire, en ce sens, que le principe de l'immutabilité, tel qu'il est posé dans l'article 1395, ne lie que les époux et non pas les tiers. C'est ainsi que l'article 1401-1° *in fine* permet, à celui qui fait une donation d'objets mobiliers, de déclarer que les meubles ainsi donnés seront exclus de la communauté légale des époux et propres à l'un d'eux. Il résulte également de l'article 1405 que le disposant, donateur ou testateur, donne à qui il veut, au mari seul, à la femme seule, aux deux époux conjointement, afin de leur assurer à chacun en propre la moitié de la libéralité, ou d'attribuer à la masse commune le bien donné, ce dernier fût-il un immeuble (2).

D'un autre côté, si, sous le régime dotal, l'article 1543 interdit de constituer ou d'augmenter la dot après la célébration du mariage, ce n'est point pour gêner le disposant

(1) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 240 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 74. — Civ. cass., 19 janv. 1836, S., 36. 1. 518. — Bordeaux, 30 mai 1859, D., 59. 2. 188. — Bordeaux, 29 mars 1851, S., 51. 2. 520, D., 52. 2. 111. — Req., 22 août 1882, S., 83. 1. 25, D., 83. 1. 296. — V. cep. Cass., Rome, 6 juill. 1882, S., 83. 4. 7.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 75. — Rapp. J. Mayenne, 13 nov. 1896, *Gaz. Pal.*, 98. 1. 177. — Ce jugement nous paraît exagérer le principe de l'immutabilité, lorsqu'il décide que l'article 1428 s'oppose à ce qu'un tiers donateur attribue à la femme la jouissance et l'administration du bien donné. D'autre part, ce n'était pas sur l'article 219, ni sur le principe de la spécialité, qu'il devait motiver son refus d'autoriser la femme à administrer ledit immeuble. Il aurait suffi d'invoquer les articles 223, 1538 et 1576. La femme n'a pas besoin d'autorisation pour faire des actes d'administration. D'ailleurs, dans la pensée du tribunal, la femme n'ayant pas, en l'espèce, le droit d'administrer les biens à elle légués, sa prétendue demande d'autorisation d'administrer ne tendait à rien moins qu'à enlever judiciairement au mari, en dehors de toute séparation de biens, les pouvoirs d'administration que, selon le tribunal, le donateur ou testateur avait dû lui laisser sur les biens donnés ou légués.

dans la liberté absolue qui lui est laissée de choisir ses gratifiés. Ce disposant pourra, par exemple, instituer le mari usufruitier et la femme nu-propriétaire du bien donné. Ce que défend l'article 1543, non seulement aux époux, mais aux tiers eux-mêmes, ce sont les stipulations dotales, dans la crainte des déceptions qui peuvent en résulter pour les tiers, c'est spécialement le pouvoir d'attribuer l'inaliénabilité dotale à des biens qui, d'après le contrat de mariage, ne devaient pas revêtir ce caractère (1). Le législateur n'admet l'inaliénabilité qu'à regret et pour ne pas entraver un mariage non encore conclu.

117. Mais, laissant de côté ce qui concerne les tiers, et en nous plaçant au point de vue des époux, constatons que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales joue, dans notre ordre d'idées, un rôle différent qu'il est essentiel de préciser.

Les époux qui, pendant le mariage, ne peuvent se consentir que des donations révocables, ne pourraient certainement pas se faire des libéralités dont le résultat serait de transformer des biens propres en biens communs, ou, à l'inverse, des biens communs en biens propres. De même, les biens donnés entre-vifs par le mari à sa femme auront, comme les autres biens à venir de l'épouse, le caractère dotal ou paraphernal selon les clauses admises par le contrat de mariage. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales entre les époux a donc une portée différente de celle qui lui appartient au regard des tiers.

118. Mais il semble que, dans la limite ainsi décrite, les donations entre époux doivent être libres et que, notamment, il n'y a rien d'illicite dans la donation ou le testament qui, au lieu de constituer une libéralité distincte de celles que peut contenir le contrat de mariage, se contente de les développer. Cette théorie a toutefois subi un sérieux échec, devant le tribunal d'Évreux et la cour d'appel de Rouen, dans une hypothèse que nous allons brièvement signaler.

Le contrat de mariage assurait au survivant des conjoints

(1) V. *infra*, III, n. 1574 s.

l'usufruit d'une partie des biens du prédécédé ; mais cet usufruit devait s'éteindre en cas de second mariage.

Or il arriva que, par testament, le prémourant exprima la volonté de laisser à son conjoint un usufruit plus étendu, débarrassé de la restriction stipulée au contrat. Le tribunal d'Évreux et la cour de Rouen prononcèrent la nullité de ce legs (1).

Nous ne reprendrons point, ici, l'étude déjà faite des clauses tendant à entraver les seconds mariages (2). Si nous ne nous trompons, les décisions judiciaires que nous venons de citer sont de celles qui ne peuvent que compromettre la thèse dominante. Ceux-là seuls peuvent les approuver, qui admettent la validité de toutes clauses restrictives du droit de se remarier. Il n'en sera pas, au contraire, de même de ceux qui, avec la jurisprudence, distinguent, selon le degré de sagesse de ces clauses, dans chaque cas que révèle la pratique. Peut-être admettront-ils difficilement la validité de cette partie de la clause d'un contrat de mariage, qui enlève à l'époux prémourant le droit de peser à nouveau, et jusqu'à la veille de sa mort, beaucoup mieux qu'il ne l'a pu faire avant son mariage, les raisons qui, après son décès, pourraient expliquer un nouveau mariage de son conjoint. Les tribunaux vont-ils donc être condamnés à ne tenir aucun compte de cette appréciation mieux éclairée, quelque favorables que soient les circonstances, ou ne vaudrait-elle pour eux qu'à titre de renseignement ?

Laissant de côté cette question qui depuis des siècles, a tant passionné les jurisconsultes eux-mêmes et a reçu tant de solutions contradictoires, qu'on nous permette d'examiner seulement ici une hypothèse, que tous envisageront avec calme. Qui oserait donc déclarer, non pas seulement valable mais immuable, la clause d'un contrat de mariage, qui interdirait à l'époux survivant de continuer seul une industrie ou un commerce exercé durant le mariage par les deux époux, et sanctionnerait la violation de cette défense par la déchéance

(1) Rouen, 15 déc. 1891, S., 93. 2. 217, D., 92. 2. 437.
(2) V. *supra*, I, n. 31.

d'un droit d'usufruit stipulé audit contrat sur les biens du prémourant ? Une telle défense peut, sans doute, être des plus prudentes en raison du caractère du survivant. Mais est-ce à dire qu'elle sera toujours sage et que le prémourant, mieux éclairé après plusieurs années de mariage, devra être privé de la faculté de rectifier son appréciation première au regard de son conjoint, et de faire ce que les tribunaux seraient eux-mêmes appelés à décider après sa mort, c'est-à-dire voir si la restriction est justifiée et doit être maintenue, ou bien si, au contraire, elle doit disparaître comme injuste et, peut-être même comme néfaste pour la famille ?

Quoi qu'il en soit sur la question de validité de la clause insérée au contrat de mariage, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales nous paraît hors de cause, tout aussi bien dans la première hypothèse par nous signalée que dans la seconde. La liberté de contracter une union nouvelle ou d'exercer telle profession doit rester en dehors du domaine des conventions.

Ajoutons qu'il en doit être de même de la capacité de disposer à titre gratuit reconnue par la loi au donateur. Comment concevoir, en effet, qu'une clause d'un contrat de mariage puisse lui enlever le droit d'ajouter une seconde libéralité à celle qu'il a déjà faite, sous ce prétexte que cette seconde libéralité n'est que le développement de la première (1) ? Nous hésitons à penser, en ce qui nous concerne, qu'un époux ait pu, par contrat de mariage contenant une restriction en prévision d'une seconde union, renoncer au droit de laisser à son conjoint un droit d'usufruit dont il jouirait même au cas de second mariage, en effaçant la restriction précédemment stipulée. Nous répudions donc la solution donnée, en sens inverse, par le tribunal d'Évreux et par la cour d'appel de Rouen.

119. Dans un autre ordre d'idées, — et pour achever de marquer la portée pratique de l'article 1395, — il convient d'observer qu'il est généralement admis que les conventions purement interprétatives du contrat de mariage sont valables et ne se heurtent nullement au principe de l'immutabilité (2).

(1) Rapp. Civ. rej., 19 déc. 1894, D., 95.1.258, S., 98.1.515.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 503 *bis*, texte et note 9, p. 254, 256; Laurent,

Cette solution nous paraît exacte; mais il importe d'éviter un malentendu sur la portée pratique à lui donner. Il convient en effet, d'observer que l'acte prétendu interprétatif dressé durant le mariage ne s'imposera pas au juge. Il ne vaudra que comme renseignement, auquel il aura tel égard qu'il estimera bon. Le juge ne devra s'y conformer que si l'interprétation de la clause obscure lui paraît être la vraie. Les époux qui n'ont plus, après la célébration de leur union, le droit de faire ou de modifier leur contrat de mariage, ne doivent pas logiquement pouvoir en interpréter, d'autorité et définitivement, les clauses qui leur semblent obscures. Celui qui ne peut plus légalement contracter, n'a pas plus qualité pour rédiger un acte interprétatif qu'un ex-législateur pour faire une loi interprétative (1). La doctrine enseignée par Pothier, au numéro 13 de l'introduction de son *Traité de la communauté*, n'a rien d'ailleurs de contraire à notre solution (2), d'autant mieux qu'il est bon de ne pas oublier que l'ancien droit français était moins rigoureux en ces matières que notre code civil, puisque l'on admettait parfois, jadis, la preuve des conventions matrimoniales antérieures au mariage, à l'aide d'écrits ou même de témoignages postérieurs à sa célébration (3).

120. Il est, enfin, à peine besoin d'ajouter que les conventions qui peuvent intervenir, pendant le mariage, entre les époux et des tiers, pour modifier par exemple un bail à nourriture joint à un contrat de société, ne seront pas nécessairement nulles. Ces arrangements de famille, ces contrats de société ne participent point à l'immutabilité du contrat de mariage, par cela seul qu'ils y figurent. Il ne s'ensuit pas,

op. cit., XXI, n. 70 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 245. — Rapp. Civ., rej. 8 janv. 1890, S., 92.1.380, D., 91.1.225 (En l'espèce, la convention *toujours révocable* intervenue entre les époux, a été considérée « comme n'étant, quant aux revenus, qu'un mode d'exécution du contrat de mariage »).

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 503 *bis*, p. 254, 255.

(2) Pothier nous dit en effet : « A l'égard des actes qui ne seraient qu'explicatifs de quelqu'une des conventions portées au contrat de mariage, et qui ne contiendraient *rien de nouveau*, ils ne peuven pas passer pour contre-lettres, et rien n'empêche qu'ils ne soient valables. »

(3) V. *suprà* I, n. 85 et 87.

dit Troplong, qu'ils dussent échapper à la loi qui leur était inhérente, d'être dissous à volonté, s'ils ont une existence distincte des constitutions de dot (1).

121. Nous avons, désormais, étudié la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales au point de vue du droit interne français; mais que faut-il décider en droit international ? Ceci revient à rechercher, d'une part, si les Français à l'étranger y peuvent, une fois mariés, modifier leur contrat de mariage, et d'autre part, si ce droit appartient en France aux étrangers.

D'après une doctrine volontiers adoptée par la jurisprudence française, il conviendrait de décider que le principe de l'immutabilité tient à la forme même du contrat de mariage. Il faudrait donc appliquer la règle : *Locus regit actum*, et dire que la question de savoir si un changement peut être apporté ou non, doit être tranchée d'après la loi du pays où le contrat a été passé (2).

Nous avons peine à souscrire à cette opinion, car nous ne voyons pas de rapport intime entre la rédaction même du contrat de mariage et son immutabilité.

Partant de l'idée qu'il s'agit, non d'une règle de forme, mais au contraire d'une règle de fond, il y a des auteurs pour lesquels la question de savoir si les conventions matrimoniales sont immuables ou non, doit être résolue d'après la loi qui s'applique au régime matrimonial lui-même (3).

Si le régime adopté par les époux, disent-ils, doit être gouverné par la loi française, il sera immuable, tandis qu'il en ira différemment, s'il obéit à une législation ne conte-

(1) Bordeaux, 26 juill. 1838, S., 39.2.51 ; D. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 361. — Troplong, *op. cit.*, I, n. 220 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 82.

(2) Montpellier, 25 avril 1844, S., 45.2.7. — Civ., cass., 11 juil. 1855, S., 55.1.609. — Req., 24 déc. 1867, S., 68.1.134. — Lire également le rapport de M. le conseiller Faure-Biguet dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la cour de cassation (Civ. cass.) du 19 déc. 1892 dans le *J. Clunet*, 1893, p. 581 s.

(3) Cette doctrine, soutenue notamment par M. Jay (*J. Clunet*, 1885, p. 527 s.) invoque à son appui un arrêt de la cour suprême du 24 déc. 1867 (*J. du Palais*, 1868, p. 303). Mais cette décision est loin d'être précise et paraît bien s'inspirer plutôt de la règle : *Locus regit actum*. — V., également de Boëck, *Note* dans D., 87.2.121 et Le Normand *De l'immutabilité des conventions matrimoniales*, (Th. Rennes, 1898).

nant pas de règle semblable à celle qui est écrite dans l'article 1395 de notre code civil (1).

On peut hésiter encore à suivre cette opinion, qui a le tort de ne pas tenir peut-être assez de compte des motifs qui expliquent l'immutabilité. Considérant qu'en établissant cette règle le législateur français a eu en vue de protéger mutuellement les époux, on peut dire qu'il y a là un principe qui touche à la capacité des parties. La règle de l'immutabilité devra donc suivre les Français en pays étranger (2).

Mais faut-il en conclure que les étrangers en France, s'ils appartiennent à un pays dont la législation ne connaît rien de semblable au principe de l'article 1395, ne seront pas soumis à l'immutabilité de leurs conventions matrimoniales? On peut le soutenir, en se fondant précisément sur le caractère de la règle tel que nous venons de l'indiquer (3). Cependant, même dans la doctrine qui rattache l'immutabilité au statut personnel, on pourrait admettre que ce principe s'imposerait en France aux étrangers. En effet, les motifs qui expliquent l'article 1395 sont complexes et, à côté de l'idée de protection des époux, se place aussi celle de protection des tiers et du crédit public en France. Il y a donc là une règle établie dans notre pays avec un caractère d'ordre public international, qui doit s'imposer à tous. En définitive, en envisageant l'ensemble des motifs sur lesquels se fonde l'immutabilité, on peut très bien soutenir qu'elle

(1) L'article 1432 du C. civ. allemand, par exemple, est ainsi conçu : « Les époux peuvent régler par contrat leurs rapports quant aux biens; spécialement, ils peuvent, *même après le mariage*, dissoudre et modifier le régime de leurs biens. » Rapp. art. 1368, 1440, 1523, 1526 et art. 15-2° de la loi d'introduction au C. civ. — V. Meulenaere, *Trad. du C. civ. all.*, p. 387, 388, 650. De même encore, d'après l'art. 1545 du C. civ. russe, les époux russes ont la faculté de résilier ou modifier à toute époque leurs conventions matrimoniales. — Rapp. J. Seine, 11 juin 1896, *J. Clunet*, 1896, p. 870.

(2) Demangeat sur Fœlix, I, p. 85 note *b*, p. 247, note *a* ; Despagnet, *Précis de droit international privé* (3e édit.), n. 330 ; Surville et Arthuys, *op. cit.*, (4e édit.), n. 368 ; Audinet, *Principes élémentaires de droit international privé*, p. 520 s.; Wahl, note Sirey, 98, 4, 25, sous Trib. supérieur de Munich, 17 mai 1895; Rolin, *Principes de dr. int. priv.*, I, n. 488, 489, p. 470, s.

(3) V. en ce sens J. Seine, 11 juin 1896. *J. Clunet* 1896, p. 870, J. Seine, 28 mai 1901. *J. Clunet* 1902, p. 361, V. cep. J. Seine, 28 décembre 1900, D. 1902, 2, 193 (note de Boeck).

s'applique aussi bien aux Français en pays étranger qu'aux étrangers en France (1).

Signalons ici l'article 4 du projet de convention signé à la Haye en juin 1904 (2). Il est ainsi libellé : « La loi nationale des époux décide s'ils peuvent au cours du mariage, soit faire un contrat de mariage, soit résilier ou modifier leurs conventions matrimoniales. » Songeant ensuite à l'intérêt des tiers, le texte ajoute : « Le changement qui serait fait au régime des biens ne peut pas avoir d'effet rétroactif au préjudice des tiers. » Les dispositions de cet article 4 doivent être rapprochées de l'article 9 du même projet de convention. Il résulte de ce dernier texte que, si les époux ont acquis au cours du mariage une nouvelle et même nationalité, c'est leur loi nouvelle qui sera prise en considération. Puis, s'il advient que, au cours du mariage, les époux n'aient plus la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application de l'article 4 précité, être considérée comme leur loi nationale (3).

§ III. *Théorie des contre-lettres.*

122. Les conventions matrimoniales ne deviennent immuables que par la célébration du mariage; jusqu'à cette époque, elles sont susceptibles de modifications.

123. La loi désigne ces modifications sous le nom de *changements* ou *contre-lettres* (art. 1396 et 1397). Cette expression est traditionnelle (4); mais elle ne doit pas faire illusion

(1) V. et cpr. en sens divers Surville et Arthuys, *op. cit.*, p. 368 ; Audinet, *op. cit.*, p. 520 s. ; Weiss, *op. cit.*, p. 517 ; Beauchet, *Observations sur la rédaction des conventions matrimoniales entre étrangers, Journ. du droit intern. priv.*, 1884, p. 41 ; Despagnet, *op. cit.*, n. 330 : Ricaud, *Les régimes matrimoniaux au point de vue international*, p. 151 ; Rolin, *op. cit.*, n. 1083 ; Wahl, note Sirey, 1898, IV, 25. Le Normand, *op. cit.*, p. 148, De Boeck note dans Dalloz 1902, 2, 193. — Rapp. J. St-Julien en Genevois, 6 février 1900, *J. Clunet*, 1900, p. 987. — Palerme, 19 juillet 1899, S. 01, 4, 17 (note Wahl).

(2) V. *supra*, n. 76 *in fine*.

(3) V. *Rev. de droit international*, 1904, p. 553 et 554.

(4) Coutume de Paris, art. 258 ; Coutume d'Orléans, art. 223. — Pothier, *Communauté, Introduction*, n. 13 ; Valin, *Coutume de la Rochelle*, II, p. 690 (art. 48 § 1, n. 20 s.).

et prend, dans notre hypothèse, un sens et une portée qu'elle n'a pas ordinairement. D'habitude, les deux locutions *changements* et *contre-lettres* ne sont pas synonymes. Quand on parle de changements, on entend désigner ainsi des modifications apportées ostensiblement à une convention telle que cette dernière avait été arrêtée à l'origine. Lorsque, au contraire, on se sert du mot contre-lettre, on veut spécifier qu'il s'agit d'un écrit dans lequel on constate qu'un acte passé antérieurement contenait une simulation. Voici que, dans un contrat de mariage, le père de la future épouse lui a constitué une dot de 100.000 francs. Puis, à la suite de revers inattendus qui frappent le constituant, il est dans un acte postérieur, constaté que cette dot est réduite à 40.000 francs : il y là un changement. Au contraire, voici un contrat de mariage qui contient une constitution de dot de 100.000 francs, et il est dit, dans un écrit postérieur, que ce chiffre n'a été inscrit que par ostentation : voilà une vraie contre-lettre, au sens habituel du mot.

Or, sous l'influence de la tradition historique, la loi, au point de vue du contrat de mariage, ne fait aucune différence entre les deux manières de parler. De là, il résulte que, s'il s'agit de contre-lettres proprement dites, nous sommes en dehors des prescriptions qui les régissent en d'autres matières. Selon le droit commun sur les contre-lettres proprement dites (art. 1321), celles-ci, valables entre les parties, ne sont pas opposables aux tiers. Pour le contrat de mariage, au contraire, il n'y a rien de semblable, et les mêmes règles sont applicables aussi bien aux changements qu'aux contre-lettres (1).

124. On peut poser en principe que les changements, soumis aux conditions édictées par les articles 1396 et 1397 dont nous allons faire l'étude, sont ceux qui ont été apportés aux conventions matrimoniales avant la célébration du mariage. Quant aux changements opérés durant le mariage,

(1) Cpr. Demante et Colmet de Santerre. *op. cit.*, VI, n. 12 *bis*, I s.; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 153 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 252 ; Laurent, *op. cit.* XXI, n. 89, 90 ; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 93.

ils seraient ou bien nuls en vertu de l'article 1395 comme violant le principe de l'immutabilité, ou essentiellement révocables comme constituant des donations entre époux (1).

Ainsi les articles 1396 et 1397 s'appliquent à toutes les dispositions qui, faites entre le contrat de mariage primitif et le mariage, viennent modifier directement ou indirectement, non seulement la situation des époux au regard de tiers, mais aussi leurs droits respectifs. Ils seront applicables, notamment, aux ventes ou donations intervenues dans cet intervalle entre les futurs conjoints. On objecterait en vain que, puisqu'il est permis de nos jours aux époux de se faire des libéralités pendant le mariage, il doit être également loisible aux futurs conjoints de s'en faire avant la célébration du mariage ; car il suffirait, pour mettre à néant cet argument, de faire remarquer que les donations entre époux au cours du mariage sont essentiellement révocables (art. 1096), tandis que celles qu'ils se consentiraient auparavant seraient irrévocables (2).

125. La portée de notre théorie étant ainsi connue, étudions les conditions auxquelles le législateur a subordonné la validité ou l'efficacité des actes modificatifs des contrats de mariage. Les textes distinguent les formalités des contre-lettres en deux catégories.

Les conditions sont, en effet, différentes, selon qu'on les envisage par rapport aux parties contractantes ou à l'égard des tiers.

(1) Cpr. d'une part Toulouse, 15 mars 1834, S., 34. 2. 537. — Req., 31 juill. 1861, S., 62. 1. 529, D., 62. 1. 113. — Req., 6 déc. 1892, S., 93.1.187, et, d'autre part, Civ. cass., 31 janv. 1837, S., 37. 1. 533. — Agen, 17 août 1837, S., 38. 1. 122. — Nimes, 23 janv. 1843, *J. Palais*, 43. 1. 297. — Nimes, 7 fév. 1852, *J. Palais*, 53. 2. 659, D., 55. 5. 112. — Bordeaux, 23 janv. 1846, *J. Palais*, 46. 1. 478. — Bastia, 16 janv. 1856, S., 56. 2. 81, D., 56. 2. 58. — Civ. cass., 15 fév. 1847, S., 47. 1. 293, D. 47. 1. 53. — Nancy, 21 juill. 1888, S., 89.2.205, D., sous Cass., 90. 1. 115. — Req., 28 oct. 1889, S., 89. 1. 468, D., 90. 1. 115. — V. également Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 154, 156 ; Guillouard, *op. cit.* I, n. 254, 255, 256 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 90. — Cpr. Marcadé, *op. cit.*, V. p. 427. — Rép. gén. Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 700 s.

(2) Rapp. Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.) n. 823.

A. — *Conditions de validité des contre-lettres entre les parties.*

126. Deux conditions sont requises pour la validité du changement ou de la contre-lettre à notre point de vue. Elles sont indiquées par l'article 1396 ainsi conçu : « *Les « changements qui y seraient faits avant cette célébration « doivent être constatés par acte passé dans la même forme « que le contrat de mariage. — Nul changement ou contre- « lettre n'est, au surplus, valable sans la présence et le con- « sentement simultané de toutes les personnes qui ont été « parties dans le contrat de mariage.* »

127. Première condition. — Les changements ou contre-lettres doivent être passés dans la même forme que le contrat de mariage. C'est tout simple; car le changement à une convention matrimoniale constitue une convention matrimoniale nouvelle. Cette première condition, voulue par l'article 1396, nous apparaît comme une conséquence nécessaire du principe contenu dans l'article 1394 alinéa 1er, à l'occasion de la solennité du contrat de mariage. Une contre-lettre sous seing privé n'aurait aucune valeur légale (1).

128. Deuxième condition. — Le changement doit être effectué *en présence* de toutes les personnes qui ont été parties au contrat de mariage et avec leur *consentement simultané*.

129. La loi exige, d'abord, la présence de toutes les parties. L'absence d'une seule, eût-elle été mise en demeure de se présenter, rendrait donc le changement impossible ou sans valeur vis-à-vis de la partie défaillante (art. 1134) (2).

Bien entendu, ici, comme pour le contrat originaire, chaque partie pourrait se faire représenter par un mandataire, mais chacune d'elles devrait désigner un mandataire différent et le munir d'une procuration spéciale et authentique (3). On

(1) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 101 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 272 ; Larombière, *Théor. et prat. des obl.*, VI, art. 1338, n. 21; Huc, *op. cit.*, IX, n. 42. — Bastia, 16 janv. 1856, S.. 56. 2. 81, D., 56. 2. 58. — Rapp. Nancy, 21 juill. 1888, S., 89. 2. 205, D., 90. 1. 115. — Req., 23 oct. 1889, S. 89. 1. 468, D., 90. 1. 115.

(2) V. cependant Toullier, *op. cit.*, XII, n. 50.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 503 *bis*, p. 261 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 268 ; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 95. — V. *supra*, I, n. 81.

ne comprendrait point, en effet, qu'il pût arriver qu'un seul mandataire représentât toutes les parties ; car ce serait permettre aux époux, en sollicitant de chacune une procuration en faveur d'un même fondé de pouvoir, de faire fraude à la loi, en évitant une discussion en commun que le législateur a certainement voulue (1).

130. La loi, en outre de la présence, exige aussi le consentement simultané de toutes les parties. Il ne suffirait donc pas de signatures données tour à tour par toutes les parties et impliquant leur consentement individuel. En demandant le consentement simultané, on veut que le changement soit le résultat d'une délibération commune (2). Quel en est le motif ? Un consentement collectif est plus difficile à obtenir que des consentements isolés ; à ce titre, il offre une plus grande garantie, et c'est pour cela que le législateur le veut. Les parties réunies refuseront parfois, à la suite de l'échange de vues qu'amène une discussion, ce qu'elles auraient concédé prises isolément.

131. D'ailleurs il n'est pas nécessaire, la loi ne l'exigeant pas, que la contre-lettre constate le fait de la présence et du consentement simultané de toutes les parties (3). Le notaire rédacteur sera, toutefois, bien inspiré en insérant dans l'acte modificatif cette constatation.

Mais, puisqu'il n'est rien prescrit relativement à la preuve de cette présence et de ce consentement, les tribunaux sont investis à cet égard d'un pouvoir souverain d'appréciation.

On pourrait, à notre avis, considérer la signature des parties sur un seul et même acte comme une présomption

(1) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 98.

(2) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 50 ; Troplong, *op. cit.*, I, n. 284 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 267 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 563 *bis*, texte et note 34, p. 261 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 97 : Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 157 ; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 95 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 42. — Douai, 1er août 1854, S., 54. 2. 666, D. 55. 2. 4. — Montpellier, 8 fév. 1869, S. 69. 2. 49.

(3) V. cependant Montpellier, 8 fév. 1869, S., 69.2. 49. Cet arrêt paraît exiger, dans la contre-lettre, la *constatation* de la présence et du consentement simultané de toutes les personnes qui y ont été parties. En réalité, l'arrêt de la Cour de Montpellier annule la contre-lettre, parce qu'elle semble n'avoir mentionné, comme *parties contractantes*, que les futurs époux, et qu'elle a relégué les donateurs parmi ceux qui assistent comme parents, simples témoins *honoris causâ*.

qu'elles ont donné leur consentement en présence les unes des autres, d'où il résulterait que la preuve contraire serait, en pareil cas, à la charge du demandeur en nullité (1).

132. On s'est demandé parfois (2) si l'article 1396 serait applicable, dans toutes ses dispositions, pour le cas où il n'y aurait pas d'autres parties au contrat que les futurs époux. Cela ne peut pas faire la moindre difficulté en ce qui concerne la première disposition de l'article 1396, où le législateur prescrit la forme notariée pour la rédaction de la contre-lettre. Quant à la seconde disposition, — celle qui exige la présence et le consentement simultané de toutes les parties, — on a quelquefois élevé un doute à l'occasion de son observation rigoureuse ; mais il faut avouer qu'on ne le comprend guère, en présence d'un texte comme celui de l'article 1396, dont la formule est générale et ne fait aucune distinction. C'est donc avec raison que la jurisprudence admet que l'article 1396 est applicable en son entier, les époux eussent-ils été seuls parties au contrat de mariage (3).

133. Mais que faut-il entendre par cette expression *les parties*, dont nous nous sommes servis avec la loi ? Il convient, sans difficulté, d'y faire entrer, en dehors des futurs conjoints qui sont, cela est évident, parties au contrat de mariage, toutes les personnes qui ont figuré à ce contrat, soit pour autoriser l'un des futurs époux à le passer, s'il est incapable à cet effet, soit pour y faire une donation, une renonciation ou une promesse, en s'engageant, par exemple comme caution, au paiement de la dot promise, ou en constituant une hypothèque destinée à assurer ce paiement. Il

(1) Ne suffit-il pas que toutes les parties aient été présentes à la lecture et à la signature de l'acte ? Ne peut-on pas argumenter, ici, par analogie de la loi du 21 juin 1843 et de l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI revisé par la loi du 12 août 1902 ? Il serait bien dur, en effet, d'annuler la contre-lettre, faute d'une délibération, toutes parties présentes, *avant la rédaction* de l'acte qui la renferme. Devons-nous supposer que le législateur ait été aussi rigoureux, à ce point de vue, qu'en matière de testament par acte public ?

(2) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 94; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 267.

(3) Douai, 1er août 1854, S., 54. 2. 666, D., 55. 2. 3.

n'y a pas d'ailleurs à distinguer, à ce sujet, entre les parents et les personnes étrangères aux futurs époux.

Mais il y a, au contraire, division parmi les interprètes sur le point de savoir si l'on doit comprendre parmi les parties au contrat de mariage les ascendants qui, n'ayant pas besoin d'assister le conjoint pour ses conventions matrimoniales, parce qu'il est majeur de vingt et un ans, et n'ayant fait, d'autre part, ni stipulation ni promesse, ne sont intervenus que *honoris causâ*. Le consentement de ces ascendants sera-t-il nécessaire pour apporter un changement au contrat de mariage? Bien qu'il y ait, à ce sujet, quelques dissidences (1), il faut, sans hésitation à notre avis, répondre non, toutes les fois que le consentement de l'ascendant n'est demandé au conjoint, ni pour le contrat de mariage, ni pour le mariage, à supposer même qu'il y eût obligation, pour le futur époux, de requérir son conseil par voie d'acte respectueux.

La question ne devient quelque peu douteuse que si le consentement de l'ascendant, qui n'est pas nécessaire pour les conventions matrimoniales, est exigé pour le mariage. Il s'agit, en un mot, d'un jeune homme qui se marie ayant plus de vingt et un ans, mais moins de vingt-cinq ans. Dans cette hypothèse, il y a des auteurs qui décident que si cet ascendant est, en fait, intervenu au contrat de mariage, il doit être considéré comme partie, en sorte que son consentement devrait être exigé pour apporter une modification aux conventions primitives. Le motif que l'on fait valoir, c'est que l'ascendant n'a peut-être consenti au mariage qu'en considération des conventions matrimoniales à la discussion desquelles il a pris part (2). La réponse est qu'on ne peut pas considérer, comme partie à un acte, une personne qui n'y a rien stipulé, ni rien promis, et dont le consentement n'était pas nécessaire pour la perfection de cet acte. Que l'ascendant refuse son consentement au mariage, s'il n'approuve pas le changement, voilà son seul droit. Il a d'ailleurs un moyen

(1) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 57; Marcadé, *op. cit.*, V, p. 429; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 94; Odier, *Contrat de mariage*, II, n. 660.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 158. — Cpr. Montpellier, 8 fév. 1869, S., 69. 2. 49.

facile de découvrir les changements qu'on aurait voulu lui cacher, c'est de se faire communiquer, au moment du mariage, la minute du contrat auquel il a figuré, car le changement a dû être rédigé à la suite de cette minute (art. 1397). Au surplus, dans l'ancien droit français, où les textes portaient qu'il fallait, pour la validité des contre-lettres, la présence des parents qui avaient assisté au contrat de mariage (1), Laurière décidait déjà, — ce n'était pas, il est vrai, l'opinion générale, — qu'il fallait seulement la présence des *parents qui avaient été parties* au contrat de mariage (2). C'est cette opinion de Laurière que les rédacteurs du code civil ont, semble-t-il, consacrée (3). On est généralement d'accord à ce sujet (4).

134. Les explications précédentes montrent qu'il faut écarter, à plus forte raison, du nombre des parties au contrat de mariage, les collatéraux et en général toutes les personnes qui, simplement par politesse ou déférence, ont été invitées à apposer leur signature à ce contrat, sans y avoir rien stipulé ni promis (5).

135. Supposons, désormais, qu'une personne qui, incontestablement, a été partie au contrat primitif, n'ait pas figuré à la contre-lettre, — soit qu'elle ait été faite à son insu, soit qu'elle ait refusé d'y adhérer eût-elle été régulièrement convoquée (6) : — quelles vont en être les conséquences? Il va de soi, tout d'abord, que, s'il s'agit de l'un des futurs, le changement, non seulement est irrégulier, mais n'existe pas. D'autre part, le défaut de consentement d'une personne dont l'assistance était requise pour lever l'incapacité d'un des

(1) Art. 258 Cout. de Paris, et art. 223 Cout. d'Orléans.

(2) Laurière, sur l'art. 258, *Cout. de Paris*, II, p. 283. — Cpr. *Corps et compilation sur la cout. de Paris* de Ferrière (2 éd., 1714), III, p. 870, sur l'art. 258, n. 10.

(3) Cpr. Locré, XIII, p. 172, n. 12.

(4) Troplong, *op. cit.*, I, n. 239: Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 503 *bis*, texte et note 32, p. 260; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 12 *bis*, IV; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 96; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 263; Huc, *op. cit.*, IX, n. 42.

(5) Amiens, 20 nov. 1895, D. 97. 2. 502 (note Boistel). — Huc, *op. cit.*, IX, n. 42.

(6) La convocation, en effet, ne suffirait pas. — V. cep. Toullier, *op. cit.*, XII, n. 50 *in fine*.

futurs époux, annulerait la contre-lettre sans entamer le contrat primitif, qui subsisterait tel qu'il avait été établi (1). Il reste, enfin, l'hypothèse où un donateur a refusé de consentir au changement projeté. Ce refus ne rendra point ce changement impossible; les époux pourront l'opérer, sans le consentement du donateur, en renonçant au bénéfice de la donation. C'est ce qu'ils sont réputés avoir fait, s'ils ont procédé à un changement sans l'assentiment du donateur, ou en son absence (2). Le donateur n'est plus lié par le contrat, puisque son économie, qui constituait sans doute à ses yeux une des conditions de la donation, se trouve changée sans son adhésion.

136. Nous venons ainsi de prévoir le cas où l'une des personnes parties aux premières conventions a refusé de s'associer aux changements ; mais on peut également supposer que l'une de ces personnes vienne à décéder ou soit frappée d'une incapacité. Si c'est un donateur, son décès ou son incapacité n'apporte, sans doute, aucun obstacle à une modification du premier contrat ; mais, par le fait de ce changement, les époux se mettent désormais dans l'impossibilité de bénéficier de la donation qui leur avait été faite; ils y renoncent (3). Que si la personne décédée ou incapable avait assisté le futur époux dans son contrat primitif, force serait d'accomplir le changement en faisant assister désormais le conjoint par les personnes que la loi désigne à cet

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 158; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 273; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 12 *bis*, III; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 99, 101; Huc, *op. cit.*, IX, n. 42.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 159 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 265 et 273; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 12 *bis*, III. — Cpr. Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 99. — Pour cet auteur, il faudrait conclure de l'article 1396 que la contre-lettre n'est valable, sous aucun point de vue, quand l'une des personnes parties au contrat primitif n'y a pas consenti, cette personne fût-elle un donateur. Les époux, voulant modifier leurs premières stipulations sans le concours de ce donateur, devraient refaire leur contrat en entier. V. également Marcadé, *op. cit.*, V., p. 432; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 96. — Cpr. Nîmes, 15 avril 1850, S., 50.2.519.

(3) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 264 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 12 *bis*, V ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 42. — Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 100, soutient que les héritiers du donateur pourraient, à la place de ce donateur défunt, consentir à la contre-lettre.

effet, à défaut de celle qui est morte ou qui a été atteinte d'incapacité.

En supposant, dans ce dernier ordre d'idées, qu'il s'agisse de modifier le contrat de mariage d'un enfant dont le père aurait été frappé d'interdiction, il conviendrait d'obéir à la disposition de l'article 511 ainsi conçu : « *Lorsqu'il sera ques-* « *tion du mariage d'un enfant interdit, la dot ou l'avance* « *ment d'hoirie et les autres conventions matrimoniales seront* « *réglés par un avis du conseil de famille homologué par le* « *tribunal, sur les conclusions du procureur de la Républi-* « *que.* » C'est dans les termes de cet article qu'une contre-lettre pourrait valablement modifier le contrat de mariage originaire (1).

B. — *Conditions requises pour que les contre-lettres soient opposables aux tiers.*

137. — Pour que les modifications apportées au contrat de mariage soient opposables aux tiers, — qui pourraient être facilement trompés, s'il était permis, en leur faisant connaître le contrat primitif, de leur dissimuler les changements qu'il a subis depuis, — l'article 1397 déclare que : « *Tous* « *changements et contre-lettres, même revêtus des formes* « *prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard* « *des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du* « *contrat de mariage ; et le notaire ne pourra, à peine des* « *dommages et intérêts des parties, et sous plus grande peine* « *s'il y a lieu, délivrer ni grosses, ni expéditions du contrat* « *de mariage, sans transcrire à la suite le changement ou la* « *contre-lettre.* »

Cette disposition de la loi implique qu'il faut s'adresser au notaire qui a reçu le contrat de mariage ou à son successeur, ou bien à celui qui est légalement dépositaire de ses minutes. C'est la conséquence de l'article 20 de la loi du 25 ventôse an XI, prescrivant aux notaires de garder minute des actes qu'ils ont reçus, sans pouvoir s'en dessaisir.

(1) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 12 *bis*, V ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, n. 503 *bis*, p. 261. — Cpr. Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 100 *in fine*.

138. Les conditions directement requises par l'article 1397 dans l'intérêt des tiers, sont au nombre de deux :

1° La contre-lettre doit être rédigée à la suite de la minute du contrat de mariage. En l'absence de cette première condition, les changements sont sans doute valables au regard des parties, mais ne pourraient pas être opposés aux tiers, parce que la loi suppose qu'ils ont pu les ignorer.

2° Le notaire qui délivre des grosses ou des expéditions du contrat de mariage, doit transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre, le tout, dit la loi, « à peine des dommages et intérêts des parties et sous plus grande peine s'il y a lieu. »

Que faut-il entendre par ces derniers mots? La coutume de Paris disait « à peine de faux » (1). Est-ce là ce que l'article 1397 *in fine* a voulu reproduire ? Non, à notre avis (2), même quand le notaire aurait agi par fraude. Les expressions qui terminent ce texte font allusion aux peines disciplinaires que la négligence du notaire pourrait, selon les cas, lui faire encourir. Ces peines, édictées par la loi du 25 ventôse an XI, sont la suspension et même la destitution.

Mais que signifient les mots: « A peine des dommages et intérêts des *parties ?* » Suivant l'opinion très générale (3), la loi désignerait ici, sous la dénomination de *parties*, les tiers qui ont traité avec les époux sur la foi de l'expédition incomplète. Le texte voudrait dire que le changement est opposable aux tiers, bien qu'ils n'aient pas pu en avoir connaissance, l'expédition qui leur a été communiquée n'en

(1) Ferrière, *Sur la coutume de Paris*, art. 258, n. 8.

(2) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 68 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, VI, § 503 *bis*, texte et note 40, p. 264 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 13 *bis*, IV ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 105 : Guillouard, *op. cit.*, I, n. 275. — *Contra* : Troplong, *op. cit.*, I, n. 249.

(3) Troplong, *op. cit.*, I, n. 248 ; Marcadé, *op. cit.*, V, p. 431 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 163, 164 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 503 *bis*, texte et note 39, p. 264 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 13 *bis*, IV et V ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 105 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 275 ; *Rép gén.*, Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 751. — V. égal. Dalloz, *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 435 et *Supplément*, n. 115 ; Bellot des Minières, *Le contrat de mariage envisagé en lui-même*, n. 625, 626, 628, 629.

faisant pas mention; mais, comme ils éprouveraient ainsi un préjudice par la faute du notaire, alors qu'ils n'ont rien à se reprocher, celui-ci serait tenu de leur en fournir la réparation sous forme de dommages et intérêts. De là il résulte que si, par le fait des époux, les tiers avaient eu connaissance du changement au moment de la naissance de l'obligation à leur profit, ils n'éprouveraient alors aucun préjudice, et ne pourraient pas agir contre le notaire.

En somme, cette opinion fait retomber les conséquences de la faute du notaire qui délivre une expédition incomplète, sur les tiers et non sur les époux. Il n'y a, dit-on, dès que ces derniers ont veillé à ce que mention soit faite des changements à la suite de la minute du contrat de mariage, aucune faute à leur reprocher.

Cette théorie n'est-elle pas très discutable, surtout, lorsque, dès le début de l'affaire, les tiers ont été en rapport direct avec les époux ? Ceux-ci auraient dû les renseigner sur leurs conventions matrimoniales et sur l'existence de la contre-lettre, que les premiers ont le droit d'ignorer. Ne peut-on pas croire que, dans la pensée du législateur, ces mots « les *parties* » désignent les époux qui ont été parties au contrat ? Cette interprétation, beaucoup plus naturelle que la précédente, trouve un certain appui dans l'historique de la rédaction de la loi (1). Finalement, les conséquences de la faute du notaire qui délivre une expédition incomplète, devraient retomber sur les époux. Ces derniers, sauf leur action en dommages et intérêts contre l'officier public, n'auraient pas le droit d'opposer la contre-lettre aux tiers qui ont traité avec eux sur la foi de l'expédition incomplète et qui n'ont pas été éclairés par eux sur l'existence de la lacune (2).

139. Il reste, pour expliquer dans son ensemble l'article 1397, à se fixer désormais sur le sens exact que comporte

(1) Locré, XIII, p. 127, 173. — Cpr. p. 244.

(2) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 67 s. — Cpr. Guillouard, *op. cit.*, I, n. 275 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 503 *bis*, texte et note 39 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 13 *bis*, IV et V ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 43 ; Planiol, *op. cit.*, III, (2e édit.) n. 822.

le mot « *tiers* », employé par cet article. On est aussi en désaccord sur ce point.

Rodière et Pont (1) prétendent que « la loi a voulu seulement protéger tous ceux qui traiteraient avec les époux sur la foi du contrat primitif », dans des conditions telles que « l'effet de cette convention n'est pas de nature à pouvoir être détruit depuis le mariage. » Ainsi serait un tiers, au sens de l'article 1397, celui à qui le mari aurait vendu un immeuble de sa femme ameubli par le contrat de mariage, mais redevenu propre par la contre-lettre. Il en serait de même de celui à qui le mari et la femme auraient vendu un immeuble paraphernal d'après le contrat, mais stipulé dotal par la contre-lettre. On ne peut alors, disent nos auteurs, imputer aucune faute à l'acquéreur, puisque le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, sur lequel il était en droit de compter, devait lui faire considérer l'aliénation comme tout à fait licite. Au contraire, voici qu'une contre-lettre, passée d'ailleurs dans les termes de l'article 1396, a réduit à 10.000 francs la dot de la femme, fixée d'abord à 20.000 francs. Celui auquel le mari aurait cédé sa créance ne pourrait pas plus exiger cette dernière somme qu'il ne le pourrait si, en l'absence de toute contre-lettre, le mari avait déjà touché 10.000 francs lors de la cession. Le cessionnaire, dont la cession aurait pu être réduite par l'effet d'un paiement partiel effectué aux mains du mari, n'est donc pas un tiers. Il en serait de même des créanciers chirographaires des époux ou de l'un d'eux.

La plupart des interprètes rejettent, avec raison à notre avis, la formule trop étroite, ainsi proposée par Rodière et Pont pour spécifier le sens du mot *tiers* dans l'article 1397. On admet donc généralement que le cessionnaire de la somme promise en dot est un tiers pouvant méconnaître la contre-lettre qui a réduit le montant de cette somme. Il n'y a point, en effet, d'assimilation à faire entre le paiement, qui constitue, même vis-à-vis des tiers, une cause légitime d'extinction des obligations, et les contre-lettres, qui ne peuvent

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 162.

prévaloir à leur encontre que si l'article 1397 a été obéi. Au point de vue des créanciers chirographaires, d'autre part, Aubry et Rau, en combattant la doctrine de Rodière et Pont, font observer avec grande raison que : « le contrat de mariage n'a pas seulement pour objet de régler les droits respectifs des époux; il sert également de régulateur à leurs rapports avec leurs créanciers, en ce sens que, suivant le régime qu'ils ont adopté, la loi confère ou refuse à ceux-ci un droit de gage et de poursuite sur telle ou telle catégorie de biens. » Les créanciers chirographaires sont donc des tiers au sens de l'article 1397.

En définitive, nous sommes amenés, avec la majorité des auteurs, à dire qu'il faut entendre par *tiers*, dans l'article 1397, toutes les personnes autres que les époux et leurs successeurs universels, ce qui comprend même les créanciers simplement chirographaires des conjoints ou de l'un d'eux(1).

CHAPITRE V

DE LA CAPACITÉ REQUISE CHEZ LES FUTURS ÉPOUX POUR LE RÈGLEMENT DE LEURS CONVENTIONS MATRIMONIALES

140. Au point de vue de la capacité requise pour consentir un contrat de mariage, nous ne trouvons de règle inscrite dans la loi que relativement aux mineurs. Il faut donc en parler tout d'abord; mais il conviendra d'élargir la question et de se demander quelles règles sont applicables quand il s'agit des autres incapables.

§ I. *Mineurs.*

141. A quelles conditions les mineurs peuvent-ils faire un contrat de mariage valable ? On lit à ce sujet dans l'ar-

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 503, *bis*, texte et notes, 36 s. ; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 99 s. ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 271 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 103-104 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 43. — Rép. gén. Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 741. — V. également Civ. cass., 15 fév. 1847, S., 47. 1, 293, D., 47, 1, 53.

ticle 1398: « *Le mineur habile à contracter mariage est habile « à consentir toutes conventions dont ce contrat est suscep- « tible ; et les conventions et donations qu'il y a faites sont « valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des « personnes dont le consentement est nécessaire pour la vali- « dité du mariage.* » Cpr. les articles 1095 et 1309.

Le mineur ne peut donc valablement procéder au règlement de ses conventions matrimoniales, que s'il est habile à contracter mariage.

Il faut, par conséquent, qu'il ait atteint l'âge fixé par l'article 144 ou obtenu une dispense (1). Autrement, le contrat de mariage serait nul et demeurerait tel, alors même que le mariage serait célébré plus tard en temps de capacité (2).

142. L'article 1398 contient une triple exception au droit commun concernant l'incapacité des mineurs :

1° Le futur conjoint mineur, émancipé ou non, figure en personne dans son contrat de mariage : c'est lui qui parle, c'est lui qui stipule avec l'assistance de certains parents. Dérogation grave aux règles générales d'après lesquelles le mineur en tutelle ne joue pas lui-même son propre rôle dans les actes de la vie civile, mais y est représenté par son tuteur (art. 450). Ceci s'explique. D'une part, le mineur, s'il n'est pas émancipé, va l'être par le mariage ; la loi, comme on l'a dit, escompte, en quelque sorte, cette émancipation dans l'article 1398. D'autre part, c'est le mineur lui-même qui figure au mariage ; le législateur a estimé qu'il était logique qu'il figurât également en personne au contrat de mariage, qui se présente comme l'accessoire de l'union conjugale. Cette dernière raison est surtout décisive.

143. 2° Le mineur, avec l'assistance voulue par l'article 1398, peut faire toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible sous la réserve d'une exception unique résultant de l'article 2140. Ce texte ne permet pas à la femme mineure de consentir dans son contrat de mariage

(1) Bastia, 3 fév. 1836, S., 36. 2. 24.

(2) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 14; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 40; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, , texte et note 21 p. 242; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 302; Huc, *op. cit.*, IX, n. 52.

la restriction de son hypothèque légale, fût-elle assistée de ceux sous l'autorité desquels elle se trouve relativement au mariage (1).

Quant au point de savoir si la femme majeure, le mari étant mineur, peut consentir à cette restriction, il est débattu. Des interprètes, en observant que l'article 2140 parle des *parties majeures*, comme pouvant seules consentir à la restriction de l'hypothèque légale dans le contrat de mariage, en concluent qu'il faut s'en tenir rigoureusement aux termes de la loi. Il faut, dit-on, exiger la majorité du futur époux, comme celle de la future épouse, pour permettre la restriction, puisque le mari se lie les mains pour plus tard. Il ne pourra pas obtenir une nouvelle restriction après le mariage, en supposant que la première ait été insuffisante (art. 2144). — Cette objection ne nous semble pas probante. L'inconvénient que l'on signale se trouve suffisamment écarté par la protection que trouve le mari mineur dans l'assistance dont il est entouré en vertu de l'article 1398 (2).

144. Quoi qu'il en soit, — et si l'on écarte cette exception toute particulière de l'article 2140, — la capacité du mineur nous apparaît alors aussi étendue que celle d'un majeur. Le mineur peut, ainsi, consentir des actes qu'il ne pourrait pas accomplir dans tout autre cas. Il lui devient possible de faire des donations (art. 1095), alors que, en principe, le mineur ne peut pas donner entre-vifs, ni le tuteur pour lui (art. 903, 904).

145. Comme conséquence de la capacité que la loi lui reconnaît, il ne faut pas hésiter, malgré quelques décisions anciennes en sens contraire, à dire que la femme mineure,

(1) Civ. rej., 19 juill. 1820, S. ch. — Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 41; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 502, texte et note 24, p. 243; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 304 ; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 106. — *Contra* Delvincourt, *op. cit.*, III, note 4 de la p. 162, p. 305, 306.

(2) Troplong, *Des hypothèques*, II, n. 637 *bis*; *Du contrat de mariage*, I, n. 272; Pont, *Des priv. et hyp.*, I, n. 551, p. 558; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, II, n. 1018 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 502, p. 243 et III, § 264. texte et note 41; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*. IX, n. 111 *bis*, II, III, IV ; Thézard, *Hypoth.*, n. 100; Huc, *op. cit.*, IX, n. 57; Planiol, *op. cit.*, II (3e édit.), n. 2828 et note.

se mariant sous le régime dotal, a le droit, quand elle est assistée dans les termes de l'article 1398, de déclarer que ses immeubles dotaux seront aliénables (1). Les décisions contraires, émanées notamment de la cour de Riom et de la cour d'Agen (2), qu'il est possible, à la rigueur, de justifier en les fondant sur la jurisprudence de quelques-uns de nos anciens Parlements — la cour de Riom statuait sur un contrat de mariage fait en 1776 et l'arrêt d'Agen sur un contrat de 1781 — ne tenaient peut-être pas suffisamment compte de ce que l'inaliénabilité des biens dotaux ne saurait être, dans notre droit, une disposition d'ordre public, s'imposant à la volonté des futurs époux dès qu'ils admettent le régime dotal. Cette inaliénabilité a, en effet, sa base, dans une convention librement acceptée par les parties, dont celles-ci sont maîtresses de modifier les conséquences. Aussi, n'est-il pas étonnant de constater que les cours de Riom et d'Agen n'aient point persisté dans leur première jurisprudence (3).

146. Dans le même ordre d'idées, on a également contesté parfois, le droit pour une femme mineure, assistée conformément à l'article 1398, de conférer à son mari le pouvoir de consentir, même durant sa minorité, des aliénations de ses immeubles dotaux stipulés aliénables, sans être tenu d'obéir aux formalités prescrites par la loi pour l'aliénation des biens appartenant à des mineurs. La femme dotale, nous dit Laurent (4), « a deux garanties: l'inaliénabilité et les formes protectrices en cas d'aliénation; si elle renonce à la garantie de l'inaliénabilité, elle ne renonce pas par là à l'autre garantie. » Nous acceptons ce point de départ. Mais nous ne suivrons plus cet auteur, quand il ne permet pas à la femme mineure, légalement habilitée, de donner à son mari le pouvoir de vendre sans observer les formalités légales. « On

(1) Riom, 19 nov, 1809, S. chr.

(2) Agen, 15 janv. 1824, S. chr.

(3) Riom, 3 nov. 1840, S., 41.2.17. — Agen, 25 avril 1831, S., 31.2.154. — V. également Nimes, 26 janv. 1825, S. chr. — Req., 7 nov. 1826, S. chr. — Delvincourt, *op. cit.*, III, notes de la p. 5, n. 7; Bellot des Minières, *Le contrat de mariage considéré en lui-même*, n. 678 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 41 ; Aubry et Rau, *op cit.*, V, § 502, note 25, p. 243 ; Guillouard. *op. cit.*, I, n. 306.

(4) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 28, p. 43.

peut dire, prétend Laurent, que ces formes sont d'ordre public, puisqu'elles sont établies à raison de l'incapacité des mineurs » et que, n'ayant rien de commun avec les clauses du contrat de mariage auxquelles se rapporte seulement l'article 1398, l'article 6 frappe de nullité toute renonciation qui s'y référerait, puisqu'il prononce la nullité de « toute renonciation à un droit qui est d'ordre public ».

Il ne faut pas hésiter cependant à suivre l'opinion contraire. Elle est d'ailleurs généralement acceptée (1). En effet, la femme assistée comme le veut l'article 1398, aurait très certainement pu faire donation de ses immeubles à son mari, les lui vendre, les lui abandonner par voie d'échange, etc. ; elle doit donc pouvoir lui conférer le mandat irrévocable de les aliéner sans formalités. Un tel mandat, participant de l'immutabilité des conventions matrimoniales, fait certainement corps avec elles.

Mais en serait-il de même d'un simple mandat révocable, distinct par conséquent des conventions matrimoniales? Il est permis d'en douter. Ce cas serait assimilable, à notre avis, à celui où la femme aurait subordonné l'aliénation de ses immeubles à son consentement ultérieur. Dans cette hypothèse, comme le font observer, à très juste titre, Aubry et Rau : « Si la femme mineure n'a donné pouvoir au mari de « vendre ses immeubles qu'avec son consentement, l'accom- « plissement des formalités des ventes de biens de mineurs « deviendrait indispensable, tant que durerait la minorité de « la femme, pour l'habiliter à donner ce consentement (2). »

147. 3° Il nous reste à faire connaître la troisième exception que nous avons fait prévoir et que l'article 1398 a apportée au droit commun, concernant l'incapacité des mineurs. Cette troisième dérogation consiste en ce que, dans notre hypothèse, on s'écarte complètement des conditions requises, de droit commun, pour habiliter le mineur.

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 41 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 502, texte et note 26, p. 243 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 306. — Req., 12 janv. 1847, S., 47.1. 241, D., 47.1.225.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 502, texte et note 27, p. 244. — Grenoble, 16 déc. 1848, S., 49. 2. 417, D., 49. 2. 189.

Ainsi, non seulement le tuteur ne représente pas le mineur dans son contrat de mariage, mais encore, en sa qualité de tuteur, il est tout à fait mis à l'écart. Ce sont les personnes dont le consentement est nécessaire pour le mariage qui doivent également leur assistance pour faire le contrat de mariage.

Par exemple, le mineur qui est sous la tutelle de son oncle, — sa mère ayant refusé la tutelle ou même en ayant été exclue ou destituée, — n'en devra pas moins être assisté de celle-ci pour le règlement de ses conventions matrimoniales.

De même encore, s'il n'y a pas d'ascendants, ce sera le conseil de famille (1) qui, étant appelé à consentir au mariage, autorisera également les conventions matrimoniales du mineur. Cette autorisation sera suffisante même pour les actes qui, de droit commun, nécessiteraient l'intervention de la justice. C'est ainsi qu'une clause d'ameublissement peut avoir lieu avec la seule assistance de ceux qui consentent au mariage (2).

148. Un arrêt de la cour d'Agen (3) a, d'autre part, appelé l'attention sur la question que voici. Si nous consultons l'article 182, nous y voyons que le mariage est nul, s'il a été contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille, « dans les cas où ce consentement était nécessaire. » Ces hypothèses sont précisées par les articles 148 à 150 et 158 à 160 du code civil.

Or, il résulte de ces derniers textes que le consentement de la mère n'est pas *nécessaire* à côté de celui du père, ni

(1) Pau, 15 mars 1892, S., 93.2. 133, D., 93. 2. 164. — Agen, 28 mai 1894, D., 97. 2. 80, S., 96. 2. 293.

(2) Puisqu'il faut suivre ici les mêmes règles que pour le consentement au mariage, si le père est mort ou déchu de la puissance paternelle (Loi du 24 juil. 1889, art. 1 et 2), le droit de consentir appartient à la mère. Si le père et la mère sont morts tous deux ou déchus de la puissance paternelle, alors les ascendants d'un degré plus éloigné sont appelés à donner leur consentement. Ajoutons que, dans le cas prévu par l'article 17 de la loi du 24 juillet 1889, où les droits de puissance paternelle sont délégués à l'Assistance publique et où le tribunal peut, en cas de refus du père, autoriser le mariage du mineur, c'est ce même tribunal qui pourra aussi consentir aux conventions matrimoniales. — V. Rép. gén. Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 344.

(3) Agen, 24 oct. 1888, S., 92. 2. 310, D., 90. 2. 103.

celui de l'aïeule à côté du consentement de l'aïeul de la même ligne. En effet, en cas de dissentiment, la volonté du père ou de l'aïeul l'emporte. Sans doute, régulièrement, la mère ou l'aïeule doivent être consultées ; mais on est généralement d'accord pour reconnaître que l'absence d'une constatation légale de cette démarche n'entraîne pas la nullité du mariage. Il en résulte un empêchement simplement prohibitif, et encore l'article 173 semble bien refuser à la mère, et par suite à l'aïeule, le droit de le faire valoir par une opposition. Le législateur paraît avoir redouté le spectacle d'une lutte ouverte entre ascendants. Une simple lettre à l'officier de l'état civil ou au Parquet, de la part de la mère ou de l'aïeule, suffira d'ailleurs, en fait, pour empêcher la célébration du mariage.

Ceci posé, peut-on dire que le consentement de la mère ou de l'aïeule soit *nécessaire* au contrat de mariage concurremment avec celui du père ou de l'aïeul? Non, a répondu la cour d'Agen, et, par suite, il convient de reconnaître la validité du contrat de mariage passé avec la seule assistance du père ou de l'aïeul, alors même qu'il n'est pas établi que la mère ou l'aïeule aient été consultées et aient refusé leur consentement.

149. Observons encore que l'on ne devrait même pas tenir compte de l'opposition d'intérêts existant entre le mineur et l'ascendant qui a mission de consentir à son mariage, car nous n'avons pas ici de disposition analogue à celle des articles 420 et 442, alinéa 4 du code civil (1).

150. Sur plusieurs de ces points, le législateur a peut-être manqué de prévoyance. L'idée qui l'a guidé, c'est que l'on ne doit pas se montrer plus exigeant relativement aux garanties concernant les intérêts pécuniaires que pour le mariage lui-même, qui a beaucoup plus de gravité. On n'a pas voulu non plus que des personnes, n'ayant pas autorité pour le mariage, pussent l'entraver en refusant leur consentement aux con-

(1) Civ. rej., 23 fév. 1869, S., 69. 1. 193, D., 69. 1. 179. — Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 502, texte et note 22, p. 242; Wahl, note sous Palerme, 12 mars 1894, S., 95. 4. 1; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 23; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 310. — Cpr. Palerme, 12 mars 1894, S., 95. 4 1; Labbé, note dans S., 69. 1. 193.

ventions matrimoniales, ou en le subordonnant à des conditions. Celui qui, en effet, est le maître des conventions matrimoniales est, à beaucoup d'égards, maître également du mariage lui-même.

151. La loi requiert, pour la validité du contrat de mariage du mineur, quelque chose de plus que le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouve pour son mariage : elle exige leur *assistance* (art. 1095, 1309 et 1398).

Le vœu de la loi est ponctuellement rempli lorsque les personnes dont il vient d'être parlé accompagnent le futur devant le notaire, ce qui permet un débat contradictoire sur les diverses clauses du contrat de mariage. Mais il est généralement admis, en doctrine et en jurisprudence, que la présence personnelle des protecteurs de l'enfant n'est pas absolument indispensable. Nous remarquerons en faveur de cette solution que la loi ne dit pas que les ascendants ou le conseil de famille doivent *assister au contrat*, mais bien qu'ils doivent *assister le mineur*. Or, si on ne peut pas assister à une séance sans y être personnellement présent, on peut au contraire assister une personne de loin : car assister quelqu'un ne signifie pas seulement être à ses côtés (*sistere ad*), mais aussi l'aider, le secourir (1). D'ailleurs, il peut y avoir de grandes difficultés, une impossibilité même à ce qu'un ascendant se déplace. La loi ne pouvait pas exiger l'impossible.

Suffira-t-il, en pareil cas, que celui ou ceux qui sont chargés de consentir au mariage de l'enfant l'autorisent, en termes généraux et sans autre explication, à passer son contrat de mariage ? Assurément non. La loi veut, — et les expressions énergiques qu'elle emploie le prouvent, — que celui ou ceux qu'elle assigne à l'enfant pour ses protecteurs, l'aident de leurs conseils ou de leurs lumières dans l'œuvre difficile de ses conventions matrimoniales, et non pas qu'il abdiquent, qu'ils se désistent de leur mission (2).

152. Ceci posé, il peut arriver que, quand le conseil de famille doit autoriser, il délègue quelqu'un de ses membres

(1) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 15 *bis*, III.
(2) V. cep. Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 44.

à la rédaction du contrat de mariage(1). Il convient de remarquer, en une semblable occurrence, que ce n'est point ce délégué qui approuvera les conventions matrimoniales. Celles-ci, à peine de nullité, doivent, en effet, être approuvées par une délibération du conseil de famille (2). C'est là une observation d'une grande importance pratique.

153. Dès lors, le délégué du conseil de famille ou de l'ascendant qui n'assiste pas au contrat de mariage doit être porteur d'une délibération du conseil de famille ou d'une procuration spéciale et authentique, déterminant, d'une manière précise et détaillée, les conditions de l'adhésion au contrat de la part des protecteurs de l'enfant (3).

154. Par l'article 1398, dérogeant aux règles du droit commun dans les termes que nous venons de préciser, les auteurs du code civil ont consacré législativement dans notre droit la vieille maxime: *Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia.* Non seulement même les rédacteurs du code civil ont consacré cette ancienne règle, mais ils lui ont donné une portée pratique, autre que celle qu'elle avait jadis.

Dans notre ancien droit, en effet, la règle que Dumoulin exprimait ainsi: *Habilis ad nuptias, habilis ad omnia pacta et renuntiationes quæ apponi in talibus solent,* ne s'appliquait qu'aux stipulations d'usage, mais non aux clauses exorbitantes, c'est-à-dire à celles qui sortaient des bornes des clauses pratiques. Ainsi, on n'aurait pas permis une convention établissant la communauté universelle, ou un ameublissement dépassant certaines limites (4).

(1) Laurent exige la présence effective du conseil de famille au contrat. — V. *op. cit.*, XXI, n. 24.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 44 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 502, texte et note 29, p. 244; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 15 *bis*. IV; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 315; Huc, *op. cit.*, IX, n. 53; Planiol, *op. cit.*, III, 2e éd., n. 788.

(3) Civ. cass., 20 juill. 1859, S., 59. 1. 849, D., 59. 1. 279. — Douai, 13 déc. 1835, sous Cass., S., 38. 1. 200. — Civ. cass., 15 nov. 1858, S., 59. 1. 385, D., 58.1.439. — Req., 16 juin 1879, S., 80. 1. 166, D., 80.1.415. — Limoges, 17 avril 1869, S., 70. 2. 208. — Rapp. Bordeaux, 21 août 1848, S., 48. 2. 721, D., 49. 2. 40. — Le notaire rédacteur du contrat doit, sous sa responsabilité, s'assurer que les pouvoirs donnés au délégué sont suffisants. — Civ. rej., 19 juin 1872, S., 72.1. 281, D., 72.1.346. — Rennes, 4 mai 1878, sous Req., 16 juin 1879, S., 80 1.415.

(4) Lebrun, *Communauté*, liv. I, chap. III, n. 17, chap. V: *Distinction*, I, n. 1

Notre législateur a supprimé ces restrictions. L'article 1398, en effet, déclare le mineur, assisté comme de droit, habile à consentir *toutes les conventions dont le contrat est susceptible*. Il s'agit seulement, bien entendu, des conventions matrimoniales, c'est-à-dire des conventions relatives à la formation et au règlement de l'association conjugale et des donations faites au conjoint. Dans ce domaine, le mineur, avec l'assistance requise et sous réserve du cas exceptionnel prévu par l'article 2140, est aussi capable qu'un majeur (1). Le droit commun reprendrait son empire pour les autres conventions (2), une vente, par exemple, qui, par accident, trouverait place dans un contrat de mariage.

155. Nous avons supposé, jusqu'ici, qu'il s'agissait d'un mineur au sens propre du mot, c'est-à-dire d'une personne âgée de moins de vingt et un ans. Prévoyons désormais que le futur époux soit âgé de vingt et un ans, par conséquent majeur de droit commun, mais mineur de vingt-cinq ans. Des interprètes ont pensé qu'il fallait aussi lui appliquer l'article 1398 (3). Ce serait la règle : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* retournée ; on ne serait habile à faire seul son contrat de mariage que quand on serait habile à se marier. Faut-il admettre cette solution ? Non évidemment. L'article 1398, parlant du mineur, entend désigner celui qui n'a pas vingt et un ans. Lorsqu'on parle d'une personne mineure quant au mariage, on se sert d'une expression commode sans doute, mais n'ayant aucune valeur légale, car nulle part elle n'est écrite dans le code civil. Et ce qui est surtout décisif, c'est que l'article 1398 contient une dis-

à 3; ***Distinction***, V, n. 3 à 5 ; Pothier, *Communauté*, n. 103, 306. — Rapp. Paris, 24 avril 1811, *J. P.* chr.

(1) Lyon, 30 nov. 1874, S., 76. 2. 328, D., 77. 2. 212. — V. également Req., 12 janv. 1847, S., 47. 1. 241, D., 47, 1. 225. — Nîmes, 26 janv. 1825, S., chr. — Agen, 25 avril 1831, S., 31. 2. 154. — Riom, 13 nov. 1840, S., 41. 2. 17.

(2) Limoges, 27 janv. 1879, S., 79. 2. 232, D., 80. 2. 255. — V. également Civ. rej., 10 déc. 1867, S., 68. 1. 121, D., 67. 1. 475. — Civ. rej., 25 fév. 1869, S., 69. 1. 193 (*note* Labbé), D., 69. 1. 179. — Civ. cass., 11 déc. 1882, S., 83. 1. 141, D., 83. 1. 131. — Riom, 11 juill. 1864, S., 64. 2. 161, D., sous Cass., 64. 1. 475. — Grenoble, 5 août 1859, S., 61. 2. 21, D., 62. 2. 39. — Limoges, 29 janv. 1862, S., 62. 2. 389, D., 62. 2. 39.

(3) Odier, *Traité du contrat de mariage*, II, n. 607, p. 15.

position de faveur pour le mariage, de telle sorte que ce serait aller contre son but que d'adopter l'opinion, peu soutenue, que nous venons de signaler (1).

§ II. *Incapables autres que les mineurs.*

156. La loi qui, dans l'article 1398, s'occupe des mineurs, ne dit rien des interdits, ni des personnes pourvues d'un conseil judiciaire. Ces incapables peuvent-ils régler eux-mêmes leurs conventions matrimoniales ?

157. En ce qui concerne d'abord les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, soit pour cause de faiblesse d'esprit (art. 499), soit pour cause de prodigalité (art. 513), on est à peu près d'accord pour décider qu'elles peuvent se marier sans l'assistance de leur conseil, le mariage ne figurant pas dans l'énumération, que donnent les articles 499 et 513, des actes pour lesquels l'assistance du conseil est exigée. Mais quand il s'agit des conventions matrimoniales, la personne placée sous conseil pourra-t-elle les faire sans l'assistance de ce conseil, de même qu'elle peut se marier sans cette assistance ? Le prodigue ou le faible d'esprit ont-ils ainsi le droit de faire des conventions excédant les limites de leur capacité ? Pourront-ils, dans leur contrat de mariage, consentir des donations, faire un ameublissement, etc. ?

Il s'est opéré, à ce sujet, une évolution intéressante à suivre dans notre jurisprudence.

La Cour de cassation, sous l'influence de Troplong, par un arrêt du 24 décembre 1856 (2), dont on peut rapprocher un autre arrêt dans le même sens du 5 juin 1889 (3), a décidé que la règle : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* était applicable à la personne pourvue d'un conseil judiciaire, et que cette personne, pouvant se marier librement, est capable de faire librement ses conventions matrimoniales

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 502, texte, p. 241 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 22, p. 34 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.* VI, n. 15 *bis*, II, Guillouard, *op. cit* , I, n. 302. 1.

(2) Civ. cass., 24 déc. 1856, S., 57.1.245. D., 57.1.18.

(3) Civ. cass., 5 juin 1889, S., 89.1.413, D., 91 1.449 (note de Loynes).

sans l'assistance de son conseil, qu'elle peut, dans son contrat de mariage, faire des donations (1). Doit-on, dans le silence de la loi à ce point de vue, adhérer à cette opinion?

Nous estimons qu'il faut dire que la personne pourvue d'un conseil judiciaire doit être assistée de son conseil pour consentir toutes les conventions matrimoniales dérogeant au régime de droit commun, qui fixe les limites de sa capacité. La Cour de cassation, pour prétendre le contraire dans les arrêts précités, n'invoque pas à l'appui de sa décision d'autre motif que la règle : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.* Eh bien, cette règle est-elle donc si générale que le supposent ces arrêts de la cour suprême? Cette règle, nous l'admettons, dans sa généralité, en tant qu'il s'agit des conséquences légales du mariage. Par exemple, il va sans difficulté que celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire venant à se marier, ses biens seront frappés de l'hypothèque légale de sa femme. Nous allons plus loin et, quoique ce ne soit pas l'opinion de tous, nous admettons que la personne habile à se marier peut se soumettre au régime de la communauté légale, bien que ce régime entraîne une aliénation partielle. Si l'on nous objecte qu'un individu placé sous conseil ne peut, sans son assistance, ni hypothéquer ses biens ni les aliéner (art. 499 et 513), la réponse nous paraît facile. En effet, ce n'est pas ici le prodigue ou le faible d'esprit qui aliène les biens ou les grève d'hypothèques : il se marie, et la loi fait produire des conséquences juridiques à son mariage. D'ailleurs, la communauté légale est le régime que notre législateur, à tort ou à raison (2), a considéré comme conciliant le mieux les intérêts respectifs des époux (3).

(1) Troplong, *op. cit.*, I, n. 297.

(2) Il est permis de regretter que nos législateurs de 1804, en organisant la communauté légale, aient perdu de vue qu'ils l'imposaient comme régime de droit commun à tous ceux qui se trouvent mariés sans contrat, sans distinction entre les capables et les incapables. — V. *infra*, I, n. 205 *in fine*.

(3) Caen, 20 mars 1878, S., 78. 2. 105, D., 78. 2. 217.— Req., 10 mai 1898, S., 99. 1. 433 (note Esmein), D. 98. 1. 388. — Paris, 13 juill. 1895, D., 96. 2. 302. — Cpr. Demolombe; *op. cit.*, III, n. 22, VIII, n. 740; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, II, n. 285 *bis*; Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales*, I, n. 620 s. et *Rev. crit.*, 1865, XXVI, n. 289; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 502, p. 236; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 15 *bis*, XIV et XV; Lau-

Mais, quand il s'agit de donner à la maxime : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia,* une autre portée que celle-là, quand il s'agit de fixer l'étendue que la loi lui reconnaît au regard du mineur, et de dire qu'elle entraîne le droit de contracter toutes les conventions matrimoniales : arrivés là, nous soutenons que l'on a le droit de demander où est le texte qui le permet. Ce texte, nous l'avons pour le mineur. Nous le cherchons en vain pour les autres incapables. N'y a-t-il pas, au surplus, des motifs déterminants pour ne pas étendre, à un autre incapable, la disposition de l'article 1398? Pour le mineur, en effet, la loi veut favoriser le mariage : peut-on croire qu'elle veuille encourager au même titre le mariage d'un prodigue ou d'un faible d'esprit? En outre, la règle : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia,* appliquée au mineur ne le laisse pas sans protection : il subsiste pour lui des garanties sérieuses. Quant à la personne pourvue d'un conseil judiciaire, si on lui applique la maxime, aucune protection n'existe plus pour elle ; elle n'a plus de garanties, précisément dans un cas où le danger est très grand. C'est, en effet, surtout à propos du mariage, que le prodigue sera en butte à toutes sortes d'embûches et sera exposé à se laisser dominer. Il n'y a donc pas, ici, les mêmes motifs de faveur, ni les mêmes garanties que pour le mineur (1).

On peut, toutefois, faire à notre opinion une objection qui a sa valeur, et que voici. En définitive, peut-on dire sur quoi est fondée la maxime : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia?* C'est sur cette idée qu'il ne faut pas, en s'ingérant dans les conventions matrimoniales, qu'une personne mette indûment obstacle au mariage. Ce motif, peut-on affirmer, est général, et la règle à laquelle il sert de fondement doit, elle aussi, être générale. Nous répondrons que la loi s'est

rent, *op. cit.*, XXI, n. 18, 40 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 321 ; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 110 et 110 *bis* ; de Loynes, note dans D., 91. 1. 449.

(1) Demolombe, *op. cit.*, III, n. 22, VIII, n. 737 s. ; Marcadé, *op. cit.*, V, p. 437 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 48 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 502, texte et note 21, p. 236 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 15 *bis*, VIII s. ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 40 s. ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 321 ; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 109 *bis* ; Vigié, *Cours élémentaire de droit civil français*, III, n. 31 ; Pascaud, *Rev. crit.*, 1892, p. 256 ; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n° 792.

montrée touchée de ces entraves à l'occasion du mariage du mineur, digne d'être favorisé; mais elle n'y a pas pris garde lorsqu'il s'agit d'une autre incapacité moins favorable.

Au surplus, les cours d'appel ont résisté à la jurisprudence inaugurée en 1856 par la cour de cassation, et que nous avons fait connaître (1). Le 5 juin 1889, dans l'arrêt signalé ci-dessus, la chambre civile cassa un arrêt de la cour d'Angers favorable à notre doctrine. Mais la cour de renvoi statua dans le même sens que l'arrêt cassé. Un arrêt solennel dut être rendu, et c'est, en définitive, l'opinion des cours d'appel qui a fini par prévaloir.

Il résulte, en effet, de l'arrêt solennel de la cour suprême du 21 juin 1892 (2), que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, bien qu'étant habile à contracter mariage seul, ne peut pas faire, seul et sans l'assistance de son conseil, une donation par contrat de mariage, une institution contractuelle à son futur conjoint.

En somme, l'assistance de leur conseil sera nécessaire pour leur contrat de mariage à ceux qui en sont pourvus, toutes les fois que les dispositions de ce contrat entraîneront une aliénation, totale ou partielle de leurs biens, plus étendue que celle résultant de l'adoption du régime de la communauté légale. Dans le cas contraire, par exemple si le régime adopté est celui de la communauté réduite aux acquêts ou de la séparation de biens, le prodigue ou le faible d'esprit pourrait agir seul.

158. Après ce qui vient d'être dit pour les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, il n'y a que peu de choses à ajouter relativement aux interdits judiciaires.

Il est bien évident, tout d'abord, que la question de savoir s'ils peuvent régler leurs conventions matrimoniales, est subordonnée à celle-ci : peuvent-ils contracter mariage? En admettant, sur ce dernier point, l'affirmative (3), on se trouve

(1) Bordeaux, 7 fév. 1855, S., 56. 2. 65. D., 56. 2. 249,— Pau, 31 juill. 1855, S., 56. 2. 65, D., 56. 2, 250. —Agen, 21 juill. 1857, S., 57. 2. 530, D., 57.2.168. — Orléans, 11 déc. 1890, S., 91. 2. 199. D., 91. 2. 362.

(2) Cass. (ch. réunies), 21 juin 1892, S., 94. 1. 449 (note de M. Bufnoir), D., 92. 1. 369.

(3) Baudry-Lacantinerie et Bonnecarrère, *Des personnes*, IV, n. 888 s.

alors, pour le contrat de mariage, en présence d'une controverse analogue à celle que nous venons d'élucider. Les uns appliquent la maxime : *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.* Quant à nous, en vertu des arguments que nous avons fait valoir tout à l'heure, — arguments qui, dans notre hypothèse, sont encore plus forts que pour l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, — nous déclarons cette maxime inapplicable, en l'espèce. Il faut rentrer dans le droit commun de l'article 502. Il convient donc d'admettre que l'interdit sera représenté dans son contrat de mariage par son tuteur, comme ce dernier le représente dans tous les actes de la vie civile (art. 450), avec cette restriction, toutefois, que le contrat ne pourra pas contenir de donations faites au nom de l'interdit à son futur conjoint, car les donations excèdent le mandat du tuteur (arg. art. 511) (1).

159. La même règle est applicable aux interdits légaux, dont la tutelle est analogue à celle des interdits judiciaires (2).

160. Quant à l'individu qui est dans un état plus ou moins permanent de démence, et qui a la capacité de se marier et de disposer de ses biens dans un intervalle lucide, il peut, dans un semblable intervalle, faire valablement un contrat de mariage avec toutes les clauses, à titre onéreux ou même à titre gratuit, dont il est susceptible.

Mais si l'interdiction venait ensuite à être prononcée, se poserait la question de savoir si le contrat de mariage a été passé durant un intervalle lucide. Ce serait le cas d'appliquer purement et simplement l'article 503. D'autre part, et même en supposant que l'interdiction du dément n'ait pas été poursuivie et obtenue, les donations portées à son contrat pourraient être attaquées après sa mort, conformément au principe général posé dans l'article 901 (3).

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 502, texte et note 14, p. 239-240 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 15 *bis*, VIII ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 37 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 322 ; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 107.

(2) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 323. — *Contra* Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 52.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 502, texte et notes 15 et 16, p. 240-241 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 324 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 38. — Riom, 17 juill. 1839, S., 40. 2. 66. — Civ. rej., 23 déc. 1856, S., 57. 1. 244, D., 57. 1. 17. — Il n'est pas besoin d'ajouter que le sourd-muet n'est frappé d'aucune incapacité, au point de vue du contrat

161. Observons, en passant, qu'il n'y a aucun obstacle à ce que deux personnes, qui auraient besoin d'une dispense pour pouvoir se marier, à raison d'un lien de parenté ou d'alliance, fassent dresser valablement leurs conventions matrimoniales, avant d'avoir sollicité cette dispense et de l'avoir obtenue. Il ne saurait s'élever de difficulté dans cet ordre d'idées (1).

162. Terminons avec cette étude de la capacité requise chez les futurs époux pour le règlement de leurs conventions matrimoniales, en signalant que, au point de vue du droit international privé, la capacité de contracter étant une dépendance du statut personnel, doit être déterminée par la loi nationale de chacune des parties contractantes. De là il résulte, notamment, que si un mineur français passe un contrat de mariage en pays étranger, il devra être habilité dans les termes de l'article 1398 de notre code civil (2).

La règle que nous venons de dégager ainsi est nettement posée dans l'article 3 du projet de Convention signée à la suite de la quatrième conférence de la Haye en juin 1904 (3). Écoutons le texte : « La capacité de chacun des futurs époux pour conclure un contrat de mariage est déterminée par sa loi nationale au moment de la célébration du mariage (4). »

163. Pour être complète, la théorie de la capacité demanderait enfin l'étude de la sanction qu'elle comporte. Nous traiterons de cette sanction à l'occasion de la théorie générale des nullités en matière de contrat de mariage (5).

de mariage, pourvu qu'il s'exprime, par gestes ou autrement, de façon suffisante pour être bien compris et montrer qu'il est entièrement éclairé sur la portée de l'acte qu'il accomplit. — V., Paris, 3 août 1855, S,, 57. 2. 443, D. 57.2. 175. — *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 461. — D'autre part, aucune incapacité n'atteint le failli. — V. Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 50.

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 54; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 502, texte et note 17, p. 241. — Paris, 9 fév. 1860, *J. Palais*, 60. 1. 359. — V. *infra*, I, n. 202 *in fine*.

(2) Weiss, *Tr. élém. de dr. intern. privé*, p. 505. — Surville et Arthuys, *Cours élém. de dr. intern. privé*, 4e éd., n. 344.

(3) V. *supra*, n. 76 *in fine*.

(4) V. *Rev. de dr. international*, 1904, p. 553.

(5) V. *infra*, I, n. 203 s.

CHAPITRE VI

DE LA PUBLICITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE

164. Le législateur de 1804, en réglant les formalités du contrat de mariage, n'avait pas assez songé à protéger les tiers contre les fraudes que les conjoints pourraient ourdir au cours de leur union.

Il avait seulement garanti les tiers contre l'abus des actes modificatifs ou contre-lettres. Rappelons, en effet, que les changements, absolument interdits après la célébration de l'union conjugale (art. 1395), ne sont permis auparavant qu'à la double condition d'être constatés en la forme authentique et consentis simultanément par toutes les parties (art. 1396). De plus, quoique valables entre les parties, les contre-lettres ne sont pas opposables aux tiers, si elles ne font pas corps, en quelque sorte, avec l'acte principal (art. 1397) (1).

165. Mais bien d'autres fraudes sont à craindre.

L'une des plus graves est assurément celle qui consisterait à dissimuler aux tiers l'existence du régime dotal. Les époux vont faire en sorte de vendre un immeuble dotal ou de l'hypothéquer, de toucher le prix ou le montant de l'emprunt. Puis, la femme, invoquant l'inaliénabilité de sa dot, revendiquera son immeuble ou empêchera le créancier d'en poursuivre l'expropriation (2). Ou bien encore la femme, à l'aide d'une subrogation purement illusoire à son hypothèque légale, pourra aider son mari à tromper les tiers sur la valeur des garanties hypothécaires qu'il leur offre (3).

Il y avait donc lieu, sous l'empire du code civil de 1804, de redouter que le contrat de mariage pût ainsi disparaître ou apparaître à la volonté des époux et selon l'intérêt du moment.

166. Sans doute, le contrat de mariage est authentique; mais cette authenticité n'est pas un obstacle aux fraudes du

(1) V. *supra*, I, n. 122 s.
(2) V. *infra*, III; n. 1793 s.
(3) V. *infra*, III, n. 1830 *bis*.

genre de celles que nous venons de prévoir. Elle empêche seulement la substitution d'un acte à un autre.

Et encore, ne serait-il pas impossible que deux conjoints, de mauvaise foi, eussent la précaution, avant la célébration de leur mariage, de passer, chez deux notaires différents, des contrats de mariage tout opposés. Il est vrai que, quand la fraude prend de semblables proportions, le juge condamnera la femme dotale elle-même à des dommages et intérêts envers les tiers; car les obligations nées des délits ou des quasi-délits, antérieurs ou postérieurs à la célébration du mariage, sont exécutoires sur la dot (1).

167. Quoi qu'il en soit, on peut imaginer que, sans aller aussi loin, les époux veuillent essayer de se soustraire aux conséquences du régime dotal qu'ils ont admis, et qui leur semble gênant au cours de leur union. Il est, évidemment, dangereux de laisser à leur disposition le moyen d'arriver à leurs fins. Il est, d'autre part, impossible d'admettre que la simple dénégation du régime dotal suffise pour supprimer l'inaliénabilité et l'incapacité qui en résultent, d'autant plus que les époux seront souvent inconscients de la fraude organisée par les tiers prêteurs. C'est là ce que les auteurs de la loi du 10 juillet 1850 ont parfaitement compris.

§ I. *Précédents historiques.*

168. Avant d'arriver à l'étude de cette loi, il est indispensable d'en faire connaître les précédents historiques.

C'est à l'égard des commerçants que l'on a senti d'abord le besoin de soumettre les contrats de mariage à une certaine publicité.

L'idée de publicité, à ce point de vue, est assez ancienne. L'ordonnance du commerce de 1673, dans les articles 1er et 2 de son titre VIII, exigeait que, dans les lieux où la communauté était le droit commun, la clause qui y dérogeait dans les contrats de mariage des commerçants, fût publiée à l'audience de la juridiction consulaire, s'il en existait une; sinon, dans

(1) V. *infra*, III, n. 1678, 1679.

l'assemblée de l'hôtel commun des villes, et insérée dans un tableau exposé en lieu public, à peine de nullité. « La « clause, ajoutait l'article 1er de l'ordonnance, n'aura lieu « que du jour qu'elle aura été publiée et enregistrée. » Ajoutons que des formalités de même nature étaient imposées pour les séparations de biens (1).

Les dispositions de l'ordonnance du commerce, plus ou moins modifiées ou amplifiées, se retrouvent, de nos jours, dans les articles 65 à 70 du code de commerce de 1807. Ces textes forment le titre quatrième du livre premier de ce code, sous la rubrique : *Des séparations de biens*. Sans vouloir entrer dans le détail des explications que comporte ce titre (2), donnons ici, en quelques mots, un aperçu général du système de publicité qui y est édicté, en rappelant principalement les dispositions de la loi.

Le législateur prévoit, d'abord, l'hypothèse où le contrat de mariage intervient entre personnes dont l'une au moins est commerçante.

L'article 67 déclare, en pareil cas, que : « *Tout contrat de « mariage entre époux dont l'un sera commerçant sera trans- « mis par extrait, dans le mois de sa date* (3), *aux greffes et « chambres désignés par l'article* 872 *du Code de procédure « civile, pour être exposé au tableau, conformément au même « article* (4). — *Cet extrait annoncera si les époux sont « mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens, ou s'ils « ont contracté sous le régime dotal.* »

La publicité résulte donc de l'affiche d'un *extrait* du contrat de mariage en certains lieux.

(1) Jousse, *Commentaire sur l'Ordonn. de 1673* (édit. Bécane, 1833), p. 136.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, I, n. 316 s., *Traité de droit commercial*, I, n. 312 s. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial* (3e édit.), n. 213 s. (édit. précéd., n. 140 s.). — Rép. gén. Fuzier-Herman, v° *Contrat de mariage*, n. 580 s. — Quand la femme est-elle commerçante, comme exerçant un commerce séparé de celui du mari ? V. Rouen, 6 août 1902, *G. Pal.*, 1902. 2. 674, Trib. comm. Blois, 28 fév. 1902, *G. Pal.*, 1902. 2. 84. — V. aussi Grenoble, ch. conseil, 4 mars 1902, *France judiciaire*, 1902. 2. 129. — Cpr. J. Seine, 27 avril 1899, D. 1902. 2. 300.

(3) Rapp. J. Yvetot, 14 août 1875, D., 77. 3. 7.

(4) Rapp. J. Saint-Pol, 8 mai 1862, D., 63. 3. 72. — Paris, 16 mars 1821, sous Civ. rej., 10 déc. 1822, S. chr.

Quant à la sanction qui s'y trouve attachée, elle est précisée par l'article 68 ainsi conçu : « *Le notaire qui aura* « *reçu le contrat de mariage sera tenu de faire la remise* « *ordonnée par l'article précédent, sous peine de cent francs* « *d'amende (réduite à vingt francs par la loi du* 16 *juin* 1824, « *art.* 10, *al.* 2°) *et même de destitution et de responsabilité* « *envers les créanciers, s'il est prouvé que l'omission soit la* « *suite d'une collusion.* »

Dans le cas où l'une au moins des personnes qui passent le contrat de mariage est commerçante, c'est donc au notaire qu'il appartient, sous sa responsabilité (1), de faire procéder à la publicité.

Il en est autrement quand les époux, ou l'un d'eux, ne commencent à exercer la profession de commerçant que postérieurement. Dans cette seconde hypothèse, l'article 69 décide que : « *L'époux séparé de biens ou marié sous le* « *régime dotal, qui embrasserait la profession de commer-* « *çant postérieurement à son mariage, sera tenu de faire* « *pareille remise dans le mois du jour où il a ouvert son* « *commerce.* » Le texte ajoute, comme sanction : « *A défaut* « *de cette remise, il pourra être, en cas de faillite, con-* « *damné comme banqueroutier simple* (2). » Telles sont les règles du code de commerce, au sujet de la publicité du contrat de mariage des commerçants.

169. Quant au régime matrimonial des non-commerçants,

(1) Bourges, 27 févr. 1826, *J. Pal.* 1826 p. 220. — J. Foix, 10 juin 1862, S., 63. 2. 268. — J. Valence, 10 déc. 1862, S., 63. 2. 268, D. 63. 2. 32. — J. de la Pointe à Pitre, 30 déc. 1852, D., 54. 3. 22. — J. Avesnes, 3 nov. 1860, D., 62. 3. 16. — J. Villefranche, 26 août 1881, S., 82. 2. 229. — J. Saint-Pol, 8 mai 1862, D. 63. 3. 72. — Pau, 27 déc. 1859, S., 60. 2. 543, D., 61. 5. 113. — Req., 20 avril 1859, S., 69. 1. 359, D., 70. 1. 99. — Rennes, 4 mars 1880, S., 81. 2. 265, D. 81. 1. 120. — Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. commerc.*, I. n. 316, 317. Thaller, *op. cit.*, n. 143 (3e édit., n. 215). Guillouard, *op. cit.*, I, n. 206.

(2) Rapp. Req., 29 juill. 1869, S., 70. 1. 11, D., 71. 1. 237. — Req., 24 déc. 1860, S., 61. 1. 989, D., 61. 1. 373. — Civ. cass., 27 fév. 1883, S. 84. 1, 185, D., 84. 1. 29. — Req., 29 mars 1893, S., 93. 1. 288, D., 93. 1. 349. — Bordeaux, 4 fév. 1858, S., 59. 2. 174, D., 58. 2. 123. — Chambéry, 18 nov. 1868, S., 69. 2. 129. — Grenoble, 30 janv. 1885, D. 86. 2. 263. — Amiens, 16 janv. 1894, D., 94. 2. 208. — Il résulte de ces arrêts que, si l'omission des formalités voulues par la loi cause un préjudice aux tiers, les époux, bien que la loi ne parle pas de cette responsabilité, seront tenus de le réparer, en ce sens qu'ils ne pourront

il ne recevait, avant 1850, d'autre publicité que celle à laquelle sont soumis les demandes et jugements de séparation de biens (art. 1445 C. civ. ; art. 866 à 869, 872 s., 880 C. pr. civ. — Cpr. pour le cas de divorce et de séparation de corps, les art. 250 et 252, rédact. du 18 avril 1886, et 311 *in fine*, rédact. du 6 fév. 1893) (1).

170. Ce système de publicité n'était pas suffisant, même à l'égard des commerçants. Aussi MM. Benott-Champy, Moreau et Valette (2) présentèrent-ils, en 1850, à l'Assemblée législative, un projet qui est devenu la loi du 10 juillet 1850. Elle organise une publicité tout à la fois moins coûteuse et plus efficace.

Depuis cette époque, on s'est même demandé si les articles 65 à 70 du code de commerce conservaient encore leur raion d'être; et, en 1876, M. Houyvet, alors député et devenu depuis premier président de la cour d'appel de Caen, en proposa l'abrogation pure et simple.

§ II. *Formalités de publicité.*

171. La loi du 10 juillet 1850 a ajouté des dispositions aux artticles 75 et 76, 1391 et 1394 du code civil.

Voici quelles sont les formalités imposées par ces textes.

1° Le notaire qui reçoit un contrat de mariage doit, d'après l'article 1394, alinéa 2, donner lecture aux parties du dernier alinéa de l'article 1391 et du dernier alinéa de l'article 1394 ;

2° Puis, au moment de la signature du contrat, il doit délivrer aux parties un certificat sur papier libre et sans frais, spécifiant ses noms et lieu de résidence, les noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux ainsi que la date du contrat (art. 1394, al. 3). Ce certificat indiquera qu'il

pas leur opposer la clause de séparation de biens ou de dotalité pouvant leur nuire. — Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 503, texte et note 15, p. 250; Guillouard. *op. cit.*, I, n. 209 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 318, 319 ; Thaller, *op. cit.*, n. 144 (3e édit , n. 216). — Cpr. Rennes, 4 mars 1880, S., 81. 2. 265, D., 81. 1. 210. — Boistel, *Cours de droit commercial*, p. 108.

(1) V. *infra*, II, n. 929 s., 941, 986,

(2) V. le rapport de Valette sur la loi du 10 juill. 1850, dans S., *Lois annotées* de 1850, p. 158, 2e colonne.

doit être remis à l'officier de l'état civil (art. 1394, al. 3) (1).

3° Lors de la célébration du mariage, l'officier de l'état civil « *interpellera les futurs époux et les personnes qui « autorisent le mariage, si elles sont présentes, d'avoir à « déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, dans le « cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les « noms et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu* » (art. 75, al. 2). C'est le moment de remettre à l'officier de l'état civil le certificat délivré par le notaire.

4° Enfin, l'officier de l'état civil doit relater, dans l'acte de mariage, la déclaration qu'il a été ou qu'il n'a pas été fait de contrat de mariage; et, dans le premier cas, c'est-à-dire s'il existe un contrat de mariage, la date de ce contrat, les noms et lieu de résidence du notaire rédacteur (art. 76-10°, al. 1er).

Il est bon de noter ici qu'une loi du 17 août 1897 a ajouté à l'article 76 une dernière disposition ainsi conçue : « *Il sera fait mention de la célébration du mariage en marge « de l'acte de naissance des époux.* »

Ceci posé, comme les actes de l'état civil sont publics, les tiers peuvent se procurer aisément la preuve que les personnes sur le compte desquelles ils désirent être renseignés, sont mariées sans contrat, ou, au contraire, ont fait un contrat de mariage, passé tel jour, chez tel notaire.

172. Il est incontestable que cette publicité a été organisée avec quelque timidité, puisque l'acte de célébration du mariage n'apprendra point aux tiers le contenu du contrat de mariage. S'ils veulent le connaître, ils devront s'adresser aux époux eux-mêmes et leur en demander communication.

Or cette demande de communication, qui semblera naturelle de la part d'un notaire, paraîtra quelquefois blessante lorsqu'il s'agira de passer un acte sous signature privée.

De plus, les tiers peuvent avoir besoin de connaître les conventions matrimoniales pour un motif autre que la négociation d'un contrat, par exemple, pour savoir si la femme s'est obligée valablement, si ses immeubles peuvent être

(1) V. Circ. min. justice, 13 nov. 1850, Sirey, *Lois annotées*, 1850, p. 151, note, et Dalloz, 50. 3. 79.

saisis, si ses biens à venir sont compris dans la constitution de dot.

La crainte des indiscrétions a empêché le législateur d'ordonner le dépôt du contrat de mariage dans des archives publiques. D'autre part, il lui a semblé excessif d'imposer au notaire rédacteur l'obligation de résumer le contrat, en qualifiant le régime adopté.

Peut-être est-il permis de critiquer la loi à cet égard; car il y a lieu de supposer que le notaire a compris le contrat de mariage qu'il a reçu. Est-il donc si difficile pour un officier ministériel, — chargé d'expliquer aux contractants la portée de leurs conventions, — de découvrir, dans le contrat de mariage qui est son œuvre, lequel des quatre régimes principaux a été adopté, et de le dire d'un mot? Évidemment non. Le législateur lui-même lui a assigné cette obligation pour le contrat de mariage des commerçants, dans l'article 67 du code de commerce. Est-il aussi trop compliqué, pour le notaire, de dire si la femme a restreint ou non sa capacité de disposer, et de l'indiquer dans le certificat qu'il doit délivrer, par une formule comme celle-ci : « Certains biens de la femme sont inaliénables » ou, « certains biens de la femme ne peuvent être aliénés que moyennant remploi » ou, au contraire, « aucune clause ne restreint la capacité de droit commun de la femme » ? Il peut bien arriver, sans doute, que certaines stipulations du contrat de mariage paraissent obscures. Mais le mal ne serait pas grand, à notre avis, si la responsabilité des notaires les obligeait, soit à avertir les tiers du danger de ces clauses par une mention au certificat, soit à mettre les parties en demeure de rendre ces clauses plus claires, si elles sont leur œuvre.

Il est remarquable que le projet de rédaction du titre du Contrat de mariage présenté par Berlier au Conseil d'État dans la séance du 4 brumaire an XII (27 octobre 1803) se terminait par un article 191 ainsi conçu: « Toute clause de soumission au régime dotal doit être affichée en la principale salle de chacun des tribunaux de première instance, dans le ressort desquels se trouvent et le domicile des époux et les immeubles dotaux. Faute d'avoir rempli cette formalité, les

droits que des tiers pourraient acquérir de bonne foi sur le fonds dotal seront maintenus, sauf le recours de la femme ou de ses héritiers contre le mari ou ses héritiers (1). Ce texte fut retranché dans la même séance, sur les observations d'ailleurs peu probantes de Portalis et de Cambacérès (2).

§ III. *Étendue d'application de la loi de* 1850. — *Sanctions.*

173. Connaissant les diverses formalités prescrites par la loi du 10 juillet 1850, occupons-nous désormais de son étendue d'application et des sanctions qu'elle comporte.

174. Au point de vue de son étendue d'application, on peut se demander si la loi du 10 juillet 1850 régit les contrats de mariage des commerçants, aussi bien que ceux des non-commerçants. A première vue, on serait tenté de dire que la publicité organisée par le code de commerce est seule obligatoire pour les commerçants. Rien cependant ne serait plus inexact. La loi de 1850, ne faisant aucune distinction, s'applique à tous les contrats de mariage (3).

D'ailleurs, dans l'état actuel de notre législation, il n'y a pas lieu de le regretter ; car, par certains côtés, la publicité de la loi de 1850 est plus efficace que celle de l'article 67 du code de commerce. Cette dernière, qui, dans sa sanction, n'engage pas assez directement la responsabilité des époux, ne laisse pas d'être défectueuse au point de vue des formalités par lesquelles elle est procurée. Consistant, en effet, en affiches d'extraits, placés dans ces tableaux si difficiles à consulter des salles d'audience, elle cesse au bout d'une année (art. 872 du C. de pr. civ.). Quant à l'affiche supplémentaire dans les chambres de notaires et d'avoués, elle ne remédie au mal que bien imparfaitement.

On peut ajouter, au surplus, que les formalités de publicité prescrites par la loi du 10 juillet 1850, n'imposent

(1) V. Fenet, XIII, p. 594 ; Locré, XIII, p. 229.
(2) V. Fenet, XIII, p. 601 ; Locré, XIII, p. 236.
(3) Circ. min. justice, 13 nov. 1850, Sirey, *Lois annotées*, 1850, p. 151, note ; et D., 50. 3. 79.

aucun supplément de frais au commerçant, puisqu'elles sont gratuites.

En somme, si l'un des deux systèmes de publicité devait être supprimé, on serait plutôt tenté de sacrifier celui de 1807, surtout si celui de 1850 était complété par l'indication du régime matrimonial, selon la disposition finale de l'article 67 du code de commerce.

175. Mais la loi de 1850, qui s'applique à tous les contrats de mariage sans distinguer entre les personnes qui sont commerçantes et celles qui n'ont pas cette qualité, régit-elle aussi les contre-lettres ? La question s'étant posée dans la pratique au point de vue de la sanction de cette loi, nous allons la retrouver en examinant cette sanction (1).

176. Dans le but de faire cette étude, il importe d'observer que le législateur de 1850 a imposé des obligations, d'une part au notaire, puis à l'officier de l'état civil et enfin aux futurs époux.

Reprenons chacun de ces trois points de vue.

177. Le notaire, d'abord, est passible d'une amende de dix francs, si l'acte par lui dressé ne contient pas la mention de la lecture, qu'il a dû faire aux futurs conjoints, de l'alinéa dernier de l'article 1391 et du dernier alinéa de l'article 1394.

Avec beaucoup de sagesse, le législateur a considéré qu'il était inutile d'élever l'amende au chiffre de cent francs, fixé par l'article 68 du code de commerce, et que le notaire n'inscrirait point mensongèrement cette mention sans avoir procédé à la lecture prescrite et remis le certificat exigé.

Si, par extraordinaire, il se rencontrait un officier ministériel assez indigne pour organiser une fraude ou s'en faire le complice, le droit commun que rappelle l'article 68 *in fine* du code de commerce, deviendrait applicable. Il exposerait le notaire à la destitution et à de lourds dommages et intérêts.

Observons, d'ailleurs, que, si la faute est nécessaire pour faire encourir une aussi grave responsabilité, la négligence

(1) V. *infra*, I, n. 178.

suffit pour exposer l'officier ministériel à une condamnation à des dommages et intérêts.

178. Les explications précédentes montrent qu'il importe au notaire de savoir exactement dans quels cas il doit donner la lecture et faire la mention voulue par l'article 1394 alinéa 2.

Nous avons vu, par avance, que tous les contrats de mariage des commerçants ou des non-commerçants sont soumis à ces formalités.

Mais en est-il de même des contre-lettres ?

Cette question a été posée et résolue, en jurisprudence, à l'occasion de plusieurs poursuites en paiement de l'amende de dix francs exercées contre des notaires par le ministère public. La cour de Paris avait prononcé la condamnation par deux arrêts du 12 janvier 1856 (1). Mais, peu de temps après, la cour de Caen ayant refusé de condamner un notaire à l'amende, sa décision fut approuvée par la chambre des requêtes de la cour suprême, le 18 mars 1857 (2). La véritable raison de cette décision est « qu'on ne peut pas étendre une disposition pénale d'un cas prévu à un cas qui ne l'est point. » La cour de cassation ajoute que l'objet unique de la loi de 1850 est de faire connaître, d'une part, à l'officier de l'état civil, pour qu'il l'énonce dans l'acte de célébration du mariage, s'il y a eu un contrat anté-nuptial, et, d'autre part, aux époux les conséquences de la déclaration, faite dans l'acte de mariage, qu'ils sont mariés sans contrat. La cour dit, en outre, que, dans la pensée du législateur, la contre-lettre ne forme pas un contrat distinct du contrat de mariage.

Ces diverses raisons suffisent pour absoudre le notaire de l'amende de dix francs. Mais sont-elles suffisantes pour permettre d'opposer la contre-lettre aux tiers qui ont été trompés ? C'est une autre question. Nous l'avons examinée par avance, et nous la rappellerons bientôt en parlant des rapports entre les époux et les tiers (3).

(1) Paris, 12 janv. 1856, S., 56.2.106, D., 56.2.58.

(2) Req., 18 mars 1857, S., 57.1.251, D., 57.1.210. — Caen, 2 déc. 1856, S., 57.2.112, D., sous Cass., 57.1.210. — Nimes, 4 fév. 1858, S., 58.2.175, D. 59.5.99. — De Folleville, *op. cit.*, I, n. 58, 59; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 202.

(3) V. *supra*, n. 138 et *infra*, I, n. 187.

179. De même que le notaire, l'officier de l'état civil a lui aussi ses obligations.

Il doit interpeller les futurs époux et les personnes qui autorisent le mariage, pour savoir s'il y a ou non un contrat (art. 75). Il doit, en outre, mentionner la réponse à lui faite dans l'acte de mariage (art. 76-10°).

Il est bien clair que, si l'officier de l'état civil commettait un faux en s'appliquant à reproduire inexactement la réponse qu'il a reçue, il se rendrait passible des peines du faux (art. 32 C. civ.) et s'exposerait à des dommages et intérêts.

Mais supposons qu'il s'agisse d'un simple oubli, ou d'une inexactitude involontaire. L'officier de l'état civil doit-il, en pareil cas, être condamné à l'amende en vertu de l'article 50 du code civil, auquel l'article 76-10° renvoie expressément ? Oui, et il y aurait en outre lieu, selon les cas, à l'application des articles 1382 et 1383 du même code.

Aussi, comme il vaut mieux prévenir le mal que d'avoir à le réprimer, le législateur invite-t-il le ministère public et les parties intéressées à poursuivre la rectification de l'acte de célébration du mariage, et à réparer de cette manière l'omission ou l'erreur.

180. Nous arrivons, ainsi, à la sanction la plus importante de la loi du 10 juillet 1850.

Etant donné que la publicité des conventions matrimoniales a été organisée dans l'intérêt des tiers, mettons les époux eux-mêmes en leur présence. Recherchons dans quels cas les tiers pourront considérer comme ne leur étant pas opposable le contrat de mariage, qui n'a pas été porté à leur connaissance par une mention régulière dans l'acte de mariage. Il est nécessaire, pour répondre à cette question, de distinguer deux hypothèses.

181. Première hypothèse.— Les époux qui ont fait un contrat de mariage,— peu importe qu'ils aient ou non reçu lecture des articles 1391 et 1394, — ont été interpellés par l'officier de l'état civil, et ont répondu mensongèrement qu'ils se mariaient sans contrat.

L'officier de l'état civil consigne cette réponse dans l'acte de mariage.

Dans ce cas, aux termes de l'article 1391, *in fine* : « *Si « l'acte de célébration du mariage porte que les époux se « sont mariés sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard « des tiers, capable de contracter dans les termes du droit « commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son « engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de « mariage.* »

Cette disposition très simple demande à être bien comprise.

L'acte de mariage déclarant qu'il n'a pas été fait de contrat de mariage, une idée qui se présente de suite à l'esprit : c'est que, à l'égard des tiers, tout doit se passer comme s'il n'y avait pas de contrat, si bien que les époux doivent être considérés comme mariés en communauté. Cette idée serait fausse. Telle n'est point la sanction de la loi de 1850. Quand le texte décide que la femme *sera réputée capable de contracter dans les termes du droit commun*, il signifie qu'elle ne pourra pas se prévaloir vis-à-vis des tiers de l'inaliénabilité, de l'insaisissabilité ou de l'imprescriptibilité de ses biens dotaux. En d'autres termes, la femme ne pourra pas invoquer vis-à-vis des tiers les incapacités résultant de ce qu'elle se serait mariée sous le régime dotal, ou de ce qu'elle aurait adopté, dans son contrat de mariage, des clauses analogues. La femme sera réputée capable d'après le droit commun, tel qu'il résulte de l'article 217 du code civil (1).

182. Précisons cette sanction par des applications. Supposons qu'un tiers traite avec le mari et se figure, à raison de la mention de l'acte de mariage portant qu'il n'a pas été fait de contrat, que les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale, où les actes du mari peuvent, à certains égards, engager les biens de la femme. Par exemple, le mari donne à bail un des biens personnels de sa femme, dans les termes des articles 1428 et 1429 (2). Or, il arrive que les

(1) Valette, *Rapport sur la loi du 10 juill. 1850*, S., *Lois annotées*, 1850, p. 150, col. 2; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 85 *bis*, 86; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 503, texte et note 17, p. 251; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 11 *bis*, VII, VIII, IX, X; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 200, 201; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n. 811.

(2) V. *infra*, I, n. 770 s.

époux avaient déclaré mensongèrement qu'ils s'étaient mariés sans contrat. La vérité est qu'ils avaient passé un contrat établissant le régime de séparation de biens, ne donnant pas par conséquent au mari l'administration des biens de sa femme. Celle-ci réclame alors contre le tiers avec lequel le mari a passé bail. Le preneur peut-il dire : « Votre acte de mariage porte qu'il n'y a pas eu de contrat de mariage ; donc, vis-à-vis de moi, vous êtes mariée sous le régime de la communauté légale et le bail qui m'a été passé par votre mari est parfaitement valable » ? Non. La loi de 1850 ne le protège pas, car il avait un moyen très simple de se mettre à l'abri : c'était de faire intervenir la femme au contrat. De là cette pratique, si générale, d'exiger l'engagement de l'épouse à côté de celui de son conjoint, pour que les tiers soient garantis par les biens des deux époux, quel que soit le régime matrimonial adopté. La loi de 1850 n'a donc voulu intervenir que dans la mesure où cela était absolument indispensable. Elle a entendu protéger les tiers contre l'incapacité dotale de la femme, parce qu'il leur était impossible d'éviter les conséquences de cette incapacité, même en obtenant l'engagement du mari (1).

Cette pensée de la loi se révèle d'ailleurs très nettement. En effet, si la femme qui a fait une fausse déclaration dans l'acte de mariage, donne plus tard connaissance aux tiers du contrat qu'elle a passé, elle se relève ainsi des conséquences de la fausse déclaration (art. 1391 *in fine*). Le contrat de mariage peut être dévoilé de cette manière, soit par une mention faite dans l'acte même qui constate l'engagement, soit auparavant par une signification (2).

Remarquons qu'en protégeant ainsi les tiers, la loi de 1850 a relevé par contre-coup le crédit de la femme elle-même. En effet, avant 1850, si la femme déclarait s'être mariée sans contrat, les tiers à qui elle s'adressait, se méfiaient de sa déclaration qui, pourtant, pouvait être très sincère. Les tiers pouvaient ne pas vouloir croire à son assertion, dans la

(1) V. *infra*, III, n. 1655 s.
(2) Marcadé, *op. cit.*, V. p. 422.

crainte de la voir plus tard se prévaloir de conventions matrimoniales établissant le régime dotal ou des clauses analogues. Le crédit de la femme se trouvait donc ébranlé.

183. Quoi qu'il en soit, et étant donné l'hypothèse que nous étudions, il est possible que la femme ait pratiqué des manœuvres dolosives envers des tiers pour leur faire croire qu'elle était mariée sous le régime de la communauté. Dans ce cas, — mais ceci est tout à fait en dehors de la loi de 1850, — elle est responsable vis-à-vis d'eux en vertu du principe de l'article 1382 (1).

184. Observons enfin qu'il importe peu, au regard des tiers, que la mention inexacte qui se trouve dans l'acte de célébration du mariage, soit le résultat d'un mensonge des époux, ou d'une erreur commise par eux ou par l'officier de l'état civil. Mais il va de soi que si les époux avaient répondu exactement à l'interpellation de l'officier de l'état civil, et que l'erreur de l'acte de mariage provînt du fait exclusif de ce dernier, il serait exposé à payer aux conjoints des dommages et intérêts, surtout si ceux-ci lui avaient remis le certificat du notaire.

185. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — L'officier de l'état civil a omis d'adresser aux époux l'interpellation que veut la loi, ou bien, l'ayant faite, il a négligé d'en mentionner le résultat dans l'acte de mariage. L'acte de mariage ayant ainsi une lacune, les tiers sont avertis. S'ils sont prudents, ils ne traiteront avec les époux que sur le vu de leur contrat (2). Ceux-ci, qui n'ont commis aucune faute, ne sauraient souffrir de l'omission, et, pour éviter le discrédit qui peut en être la conséquence, l'article 76 leur permet, ainsi qu'au ministère public, d'agir en rectification. Quant à l'officier de l'état civil, il est passible de l'amende édictée par l'article 50 du code civil et de dommages et intérêts s'il y a lieu.

186. Les deux hypothèses que nous venons de prévoir

(1) Req., 4 fév. 1894, S., 95. 1. 21, D., 94. 1. 416.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 503, texte et note 16, p. 251; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 11 *bis*, VI; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 84; Marcadé, *op. cit.*, V, p. 421, 422; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 200; Vigié, *op. cit.*, III, n. 13.

nous ont permis de préciser la sanction de la loi de 1850 dans les rapports des époux avec les tiers. Nous en aurions terminé avec notre ordre d'idées, s'il ne restait deux points à signaler.

Il est bon de remarquer, d'abord, que le législateur n'attache aucune sanction à l'erreur portant sur la date du contrat de mariage ou sur le nom du notaire qui l'a reçu. Il n'en serait autrement que si l'inexactitude était dolosive de la part des époux qui auraient, par exemple, fait dresser deux contrats de mariage chez deux notaires différents. Les conjoints seraient alors passibles de dommages et intérêts vis-à-vis des tiers.

187. Mais supposons, désormais, que les tiers aient été trompés sur l'existence d'une contre-lettre.

Nous avons vu que le notaire n'est pas tenu de lire à nouveau les articles 1391 et 1394 aux futurs époux, lorsqu'il reçoit la contre-lettre. Il n'a pas, non plus, à leur remettre de second certificat. Les époux n'ont donc pas à déclarer cette contre-lettre lorsqu'ils se marient, pas plus que l'officier de l'état civil n'a le devoir de les interroger à ce sujet et de mentionner leur réponse dans l'acte de célébration du mariage.

Ceci posé, de deux choses l'une, ou bien la contre-lettre a été reçue par un notaire, autre que le rédacteur du contrat de mariage — ou son successeur, — et alors, n'ayant pas été reproduite à la suite de la minute de ce contrat, elle n'est nullement opposable aux tiers; ou bien, au contraire, elle a été reçue par le notaire qui a rédigé le contrat primitif. Dans ce cas, la loi impose des obligations rigoureuses à cet officier public. Celui-ci, d'une part, doit inscrire la contre-lettre à la suite de la minute, et, d'autre part, ne doit pas délivrer d'expédition du contrat de mariage sans ajouter la contre-lettre qui en est une partie intégrante.

Nous rappelons que la nature de la sanction de cette dernière obligation, imposée au notaire par l'article 1397, est controversée. D'après nous, il est nécessaire, pour que la contre-lettre soit opposable aux tiers, non seulement qu'elle ait été inscrite à la suite de la minute, mais encore qu'elle ait été portée dans l'expédition délivrée par le notaire, sauf

aux époux le droit d'agir en dommages et intérêts contre l'officier ministériel (1).

Quoi qu'il en soit, ce que nous tenons à faire observer ici, c'est que ce n'est pas du tout en vertu de la loi du 10 juillet 1850, mais bien en vertu de l'article 1397, que la contre-lettre est ou n'est pas opposable aux tiers, selon que ce dernier texte a été obéi ou ne l'a pas été.

188. Il est à peine besoin de noter, enfin, que les mutations, transmissions ou créations de droits qui, par leur nature, sont soumises à la publicité, n'en sont nullement dispensées, soit par le caractère du contrat de mariage, soit par la loi du 10 juillet 1850. Par celui qu'elle organise, cette loi est loin de suppléer à tous les modes de publicité. Les donations de biens immeubles devront donc être transcrites, conformément aux articles 939 s. du code civil et à la loi du 23 mars 1855; les cessions de créance devront être signifiées ou acceptées, conformément à l'article 1690, etc.

189. Mais quelles solutions faut-il admettre en droit international privé, au sujet de l'application de la loi du 10 juillet 1850 (2)?

Nous dirons, d'abord, que les étrangers, se mariant en France, doivent obéir à cette loi, puisqu'elle est chez nous en rapport intime avec le crédit public.

D'autre part, elle est également applicable aux Français qui se marient en pays étranger, soit entre eux, soit avec des personnes étrangères. Toutefois, comme notre législateur ne peut pas adresser d'injonction aux officiers publics étrangers, c'est aux époux qu'il appartiendra, lorsque l'acte de célébration de leur mariage sera transcrit sur les registres de l'état civil français (art. 171, C. civ.), d'agir en rectification de cet acte, pour y faire insérer la mention relative au contrat de mariage. Le ministère public aura le même droit (art. 76 C. civ.).

(1) V. *supra*, I, n. 138, 178.

(2) V. Rennes, 4 mars 1880, *J. Clunet*, 1881, p. 153. Rapp. Trib. comm., Anvers, 30 juin 1894, *J. Clunet*, 1900, p. 1011. Cpr. Weiss. *Traité élémentaire de dr. int. privé*, n. 330 (3e éd.); Audinet, *Principes du droit international privé*, n. 707; Surville et Arthuys, *Cours élément. de dr. int. privé*, n. 365 (4e éd.) et n. 368, p. 423, note 1; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 335.

Dans le cas où le mariage, ayant été célébré à l'étranger, aura été conclu entre deux Français devant un agent diplomatique ou consulaire, cet agent devra naturellement se conformer aux dispositions ajoutées, en 1850, aux articles 1394, 1391, 75 et 76 de notre code civil.

Mentionnons ici l'article 8 du projet de Convention signé à la quatrième conférence de La Haye, en juin 1904 (1). Il décide en ces termes : « Chacun des États contractants se réserve : 1° d'exiger des formalités spéciales pour que le régime des biens puisse être invoqué contre les tiers ; 2° d'appliquer des dispositions ayant pour but de protéger les tiers dans leurs relations avec une femme exerçant une profession sur le territoire de cet État. Les États contractants s'engagent à se communiquer les dispositions légales applicables d'après le présent article (2). »

190. Ce que nous venons de dire de la loi de 1850: il convient de l'admettre, également, pour la publicité voulue par le code de commerce, lorsqu'il s'agit du mariage des commerçants. Les époux mariés à l'étranger, par exemple, devront donc, fussent-ils étrangers, publier en France leur contrat de mariage, en exécution de l'article 69 du code de commerce, s'ils prétendent s'établir en qualité de commerçants dans notre pays. On peut invoquer, à l'appui de cette solution, un arrêt de la chambre civile de la cour de cassation du 27 février 1883 (3). Dans l'espèce, aucune difficulté ne s'élevait d'ailleurs. Il s'agissait, en effet, d'une femme qui, ayant épousé au Brésil un Français, était revenue en France avec son mari. L'acte de mariage ayant été transcrit conformément à l'article 171 du code civil, il arriva que la femme devint commerçante. Il est naturel que la cour de cassation ait soumis à l'application de l'article 69 du code de commerce une femme qui, au moment où elle devient commerçante, c'est-à-dire au moment où il s'agit de savoir si elle

(1) V. *supra*, I, n° 76, *in fine*.

(2) V. *Rev. de dr. international*, 1903, p. 554.

(3) Civ., cass., 27 fév. 1883. S., 84. 1. 185, D., 84. 1. 29. — Rapp. Rennes, 4 mars 1880, *J. Clunet*. 1881, p. 153. S., 81.2.265, D., 81.2.210. — Douai, 13 janv. 1887, D., 87.2.121 (note de Boeck).

doit' publier ses conventions matrimoniales, est Française domiciliée en France.

CHAPITRE VII

DE L'EFFET DES CONTRATS DE MARIAGE VALABLES. — DE LA CADUCITÉ ET DES NULLITÉS DU CONTRAT DE MARIAGE.

§ I. *De l'effet des contrats de mariage valables.*

191. Étant donné qu'un contrat de mariage est valable, voici les diverses questions qui s'élèvent :

1° Le contrat de mariage est-il soumis à des règles d'interprétation spéciales ?

2° Quelle est sa force probante ?

3° A quelles personnes est-il opposable ?

4° A partir de quel moment produit-il ses effets ?

Nous avons traité par avance la première de ces questions (1).

Quant à la force probante du contrat de mariage, — objet de la seconde question, — bornons-nous à constater qu'elle est soumise au droit commun qui régit les actes authentiques (2).

Il est permis de prouver, sans inscription de faux, la simulation totale ou partielle des apports (3). Mais on ne peut contredire en justice les énonciations d'un écrit qu'à l'aide d'un autre écrit (art. 1341), ou d'un commencement de preuve écrite (art. 1347). La preuve contraire à ces énonciations peut même être établie par témoins ou par simples présomptions, en cas de fraude à la loi (4).

(1) V. *suprà* I, n. 69 et 95.
(2) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 328.
(3) V. *suprà*, I, n. 95.
(4) Req., 2 mars 1852, S., 52.1.262, D., 52.5.208. — Poitiers, 18 août 1872, S., 72.1.230. — Req., 21 fév. 1882, D., 82.1.127. — Civ. rej., 8 janv. 1889, S., 91.1.156. — Civ. rej., 10 mars 1896, S., 96.1..493. — Cpr. Rouen, 13 mai 1868 et 23 déc. 1871, S., 72.2.101.

Il nous reste donc seulement à examiner les deux dernières questions ci-dessus posées.

192. A. Recherchons, d'abord, à quelles personnes le contrat de mariage est opposable. On peut dire que les conventions matrimoniales sont opposables aux parties contractantes, de même qu'à tous ceux qui traitent avec elles après le contrat de mariage.

L'article **1165** déclare, il est vrai, que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, qu'elles ne nuisent point aux tiers et ne leur profitent pas en principe. Mais on sait combien il serait dangereux de prendre cet article **1165** à la lettre. Il ne signifie guère autre chose que ceci : une convention ne peut pas rendre quelqu'un débiteur ou même créancier sans son consentement, ou sans celui de son représentant juridique, si ce n'est dans des cas exceptionnels, comme celui de l'article **1121**.

En somme, les conventions translatives de droits, quoi qu'en dise l'article **1165**, sont opposables aux tiers, avec ou sans condition de publicité, selon que le législateur a décidé ou non qu'une publicité devait avoir lieu (art. **711**, **939**, **1014**, **1069**, **1140**, **1690**, **1328**, **2106**, **2134** s. du C. civ. ; loi du 23 mars **1855**; art. **136** du C. de comm.). Or les contrats de mariage sont translatifs de droits personnels ou réels s'ils contiennent une mise en communauté de meubles ou d'immeubles, ou même restrictifs de la capacité d'aliéner et de s'obliger de la part de la femme. Ceci justifie les règles de publicité dont ils sont l'objet. Il faut leur appliquer le principe que nous venons de formuler (1).

Dans une savante note, Labbé (2) raisonne différemment. Ceux qui ont traité avec l'époux avant le contrat de mariage, nous dit-il, sont des tiers, tandis que ceux qui ont traité après sont des ayants cause de cet époux. Ils doivent donc subir les conventions que celui-ci a adoptées par son contrat de mariage.

(1) Cpr. Troplong, *op. cit.*, I, n. 89. 196; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 153. 154. Guillouard, *op. cit.*, I, n. 326. — Req., 17 déc. 1873, S., 74.1.409, D. 74.1.145. — Montpellier, 29 avr. 1874, S., 74.2.152, D., 75.2.154. — Req., 13 août 1868, S., 69.1.348, D., 70.1.126. Req., 14 déc. 1875, S., 77.1.31, D., 76.1.455.

(2) Note dans S., 74. 1. 309, sous Req., 17 déc. 1873.

Nous remarquerons que cette solution a besoin d'être complétée. Elle n'est vraie que si tout se réduit à une question de date certaine (art. 1328). Mais les règles de publicité peuvent modifier cette situation.

Il est inutile d'insister davantage sur ce point.

193. B. A partir de quel moment le contrat de mariage produit-il ses effets? Il semblerait bien que ce moment précis doive être celui de la célébration du mariage. Cependant la cour de cassation fait rétroagir l'effet des conventions matrimoniales au jour de la signature du contrat de mariage (1).

Les motifs de cette jurisprudence sont, d'abord, que le contrat de mariage serait un contrat conditionnel, et que toute condition a un effet rétroactif (art. 1179). Or, dans l'espèce, la condition est la célébration du mariage. D'autre part, ajoute-t-on, cette rétroactivité est consacrée par le législateur lui-même, jusque dans le régime dotal, par l'article 1558, alinéa 4; car, d'après ce texte, l'inaliénabilité dotale remonte au contrat de mariage.

Cette jurisprudence a été vivement prise à partie par tous les arrêtistes. Elle l'a été également par MM. Vidal (2), Lacointa (3) et Guillouard (4). Leurs critiques nous paraissent fondées.

194. En principe, il ne faut pas confondre, avec une condition suspensive proprement dite, ce fait que le contrat de mariage se trouve subordonné à la célébration du mariage. C'est un contrat accessoire : ne serait-il pas étrange qu'il

(1) Civ. cass., 18 déc. 1878, S., 81. 1. 353, D., 79. 1. 441. — Cet arrêt de cassation met à néant un arrêt de la cour de Toulouse du 18 mars 1876. Depuis, la cour de Toulouse s'est rangée à l'opinion de la cour de cassation. — V. Toulouse, 8 mai 1883, signalé par Vidal, *Recueil de législation de l'Académie de Toulouse*, XXXII, dans l'article cité ci-dessous. I, n. 205, et par Guillouard, *op. cit.*, I, n. 329. — Rapp. Req., 26 janv. 1847, S., 47. 1. 147. — Civ. cass., 7 fév. 1872, S., 72. 1. 73. D., 73. 1. 80.

(2) Vidal, *Recueil de législation de l'Académie de Toulouse*, XXXII, p. 187 s., 193 s., 223 s.

(3) Lacointa, note dans Sirey, 1881. 1. 353.

(4) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 276, 330. — Rapp. Aubry et Rau, *op. cit.*, IV, § 502, texte et note 2, p. 60; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n. 832; Timbal, *Point de départ des effets du régime matrimonial*, p. 18.

fût réputé avoir une existence légale avant le contrat principal, ou, chose plus singulière encore, qu'il fît rétroagir l'existence de ce contrat principal lui-même? On se trouve, en effet, en face de ce dilemme: ou bien admettre que la loi matrimoniale produit ses effets quant aux biens, alors qu'il n'y a encore ni mari, ni femme ; ou bien réputer les époux fictivement mariés du jour où le contrat de mariage a été signé chez le notaire.

Mais, prétend-on, c'est là ce que décident l'article 1404, alinéa 2 et l'article 1538, alinéa 4. Nous verrons plus tard le sens de ces textes. L'article 1404, alinéa 2, nous semble se rattacher à la théorie des contre-lettres, et, comme les articles 1396 et 1397, être au nombre des mesures spéciales destinées à prévenir des fraudes (1). Dans une certaine théorie, la disposition contenue dans l'article 1538, alinéa 4, reposerait sur les mêmes motifs. Après mûre réflexion, nous nous rallions à l'opinion qui refuse de faire rétroagir la dotalité jusqu'à la date du contrat de mariage (2).

D'ailleurs, la cour de cassation n'a-t-elle pas décidé elle-même, malgré l'article 2194, que l'hypothèque légale de la femme mariée ne doit dater que de la célébration du mariage (art. 2135) (3)? Alors, n'y a-t-il pas quelque contradiction à admettre que, à d'autres points de vue, les futurs époux sont réputés pécuniairement associés dès le contrat de mariage? Cette solution serait, au surplus, restreinte encore par l'article 1399, puisque, d'après ce texte, la communauté conjugale ne peut pas commencer avant la célébration de l'union.

195. Est-ce à dire que nous décidons, pour cela, que le contrat de mariage ne produira aucun effet aussitôt qu'il est signé? Telle n'est pas notre pensée.

D'abord les époux sont, dès cette époque, liés par leurs conventions pécuniaires. Ils ne peuvent les modifier que dans les limites tracées par les articles 1396 et 1397.

D'autre part, les tiers donateurs sont dépouillés dès maintenant au profit des futurs époux donataires. A ce point de

(1) V. *infra*, I, n. 316 s. ; III, n. 1671 s. et 1721.
(2) V. *infra*, III, n. 1676. — Cpr. Guillouard, *op. cit.*, I, n. 330.
(3) Req., 22 janv. 1878, S., 78. 1. 306, D., 78. 1. 154.

vue, la célébration du mariage peut agir comme une condition suspensive, rétroactive dans ses effets. On conçoit, en effet, très bien que l'un des futurs époux soit réputé donataire, même de son futur conjoint, dès avant le mariage (1).

Dans cette mesure, nous approuvons la jurisprudence.

Mais nous ne pouvons plus la suivre quand elle va jusqu'à généraliser sa solution, et à décider que toutes les conventions matrimoniales rétroagissent au jour du contrat (2).

§ II. *De la caducité du contrat de mariage.*

196. On dit souvent que le contrat de mariage devient caduc, si le mariage en vue duquel il a été dressé ne se conclut pas. Il importe de bien s'entendre à ce sujet.

Ceci est rigoureusement exact des donations faites par le contrat de mariage. L'article 1088 le dit expressément et à bon droit. La donation par contrat de mariage est, sans doute, irrévocable dès que l'acte notarié est achevé, dès qu'il est parfait; mais elle est subordonnée à la condition suspensive que voici: « si le mariage s'ensuit ».

Il n'en est plus tout à fait de même des conventions matrimoniales proprement dites. Si nous n'allons pas jusqu'à admettre que, faute de célébration du mariage, c'est un simple projet qui tombe, nous disons que c'est un contrat accessoire qui n'a pas pu acquérir l'existence à défaut du contrat principal, sans lequel il ne peut pas vivre (3).

(1) Civ. cass., 7 fév. 1872, S., 72. 1. 73, D., 73. 1. 80. — Cpr. un curieux jugement du tribunal de Tarbes, 25 nov. 1895, *Gaz. Pal.*, 1896. 1. 77.

(2) La décision de la cour de cassation du 18 déc. 1878 aurait pu se justifier avec l'article 1396. Il s'agissait de savoir si les biens stipulés dotaux dans le contrat de mariage avaient, par suite d'un échange opéré avant la célébration, pu être remplacés par des biens paraphernaux. C'était là un changement aux conventions matrimoniales (V. le premier motif de l'arrêt de cassation). Or, ce changement avait été opéré entre toutes les parties (art. 1396). Leur consentement avait été simultané. Il avait été constaté par acte notarié. Si l'article 1396 avait été violé, l'échange eût été nul. S'il avait été respecté, cet échange eût été valable, mais le bien acquis en contre-échange ne pouvait être dotal que par une constitution de dot suffisamment claire. Était-ce donc la peine de recourir, en la circonstance, à la fiction de la rétroactivité d'une prétendue condition?

(3) En tout cas, la caducité dont le contrat de mariage peut être atteint, si le

197. Quoi qu'il en soit, à quel moment pourra-t-on dire qu'une donation par contrat de mariage est caduque, ou qu'il est certain que le contrat de mariage lui-même est devenu inutile et sera destitué d'effets juridiques ? Peut-être aurait-on compris que le législateur, — comme il l'a fait dans l'article 63 à propos des publications de mariage, — eût décidé que le contrat de mariage serait renouvelé, la célébration de l'union n'ayant pas eu lieu dans l'année. On conçoit, cependant, qu'il ait hésité à admettre une semblable solution. Elle eût imposé aux époux un supplément de frais et, chose plus grave, elle les eût exposés à cette désagréable surprise de se trouver, à leur insu, mariés sans contrat et soumis à la communauté légale, alors qu'ils croyaient l'avoir modifiée profondément ou même exclue par un contrat, valable et régulier, passé peut-être quinze ou dix-huit mois auparavant (1). Quel inconvénient y a-t-il, au surplus, à ce que le contrat de mariage subsiste, au besoin, même durant trente ans ?

198. Nous ne croyons pas, d'ailleurs, que la question doive être ainsi posée. Il convient de la traiter à deux points de vue : d'une part, entre les futurs conjoints, et, d'autre part, à l'égard des tiers donateurs.

Entre les conjoints, d'abord, tout se réduit à une question d'intention. Si le mariage est célébré tardivement, il ne serait pas moins regrettable de considérer comme caduc un contrat que les époux croyaient toujours valable, que de soumettre les conjoints à des conventions matrimoniales qu'ils pensaient tombées avec un projet de mariage longtemps abandonné,

mariage n'est pas célébré par la suite, n'entraîne point la nullité des stipulations portées dans cet acte, si elles sont étrangères aux conventions matrimoniales et remplissent les conditions essentielles à leur validité. — V. Nîmes, 25 mai 1857, S., 57.2.609. — Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 501, texte et note 8, p. 231 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 8 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 59. — V. également *infra*, I, n. 205.

(1) Un arrêt de la cour de Paris, du 9 fév. 1860, S., 60.2.65, est ici à signaler. Il y est constaté qu'un contrat de mariage passé en 1824, suivi immédiatement d'une première célébration de mariage entachée de nullité, avait conservé sa validité, une seconde célébration de mariage, celle-ci régulière, étant intervenue en 1832, par conséquent à huit ans et demi d'intervalle.

puis repris en quelque sorte sur de nouvelles bases, bien qu'il ne se soit pas écoulé trente ans entre le contrat de mariage et la célébration de l'union.

A ce point de vue, la loi du 10 juillet 1850 pourra produire un effet non moins heureux qu'imprévu, et le contrat de mariage qui serait mentionné dans l'acte de l'état civil, aurait une valeur qui nous semble incontestable malgré son ancienneté. De même, la réponse négative des époux sera, en sens inverse, la meilleure preuve qu'ils ont, en quelque sorte, perdu de vue les conventions matrimoniales qu'ils avaient jadis arrêtées.

Rodière et Pont (1) ne semblent pas avoir songé à ce rôle de la loi de 1850. Ils se contentent de nous dire qu'ils n'admettent pas qu'un contrat de mariage puisse survivre, soit à une « notification juridique », soit à une rupture (2), surtout si l'un des époux a contracté une autre union, — circonstance fort grave en effet, — puis que, devenu veuf, il revienne à son ancien projet de mariage.

Quant aux tiers donateurs, d'après Rodière et Pont, il ne leur serait pas possible, à eux, de se délier par une notification. « Toutefois, ajoutent les savants auteurs, comme toute condition, d'après l'article 1175, doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût, et que les tiers ont dû penser que le mariage s'accomplirait bientôt, le donateur aurait, ce nous semble, le droit de citer les futurs époux en justice pour voir dire que, faute par eux de célébrer leur mariage dans le délai qui leur sera fixé, la donation sera déclarée caduque (3). »

Nous admettons cette solution, tout en observant que les tribunaux devront, dans la fixation de ce délai, avoir le vif souci de ne pas peser indirectement sur la liberté des fiancés.

199. Occupons-nous, désormais, de la caducité du contrat de mariage, se produisant par suite de l'annulation du mariage. Cette hypothèse d'un contrat de mariage perdant son

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 173.
(2) V. également Nîmes, 15 avril 1850, S., 50. 2. 519, D., 52. 2.115.
(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 174.

efficacité juridique par suite de l'annulation de l'union, sert de transition naturelle entre les cas de caducité et ceux de nullité du contrat de mariage.

Nous allons prévoir tour à tour, dans cet ordre d'idées, l'hypothèse où les époux ont été de mauvaise foi en contractant mariage, et celle dans laquelle la bonne foi a existé chez l'un d'eux ou chez les deux conjoints.

200. Supposons d'abord que les deux époux aient été de mauvaise foi. Dans ce cas, l'annulation détruit le mariage avec tous ses effets civils, aussi bien dans le passé que dans l'avenir. Le mariage est censé n'avoir pas plus existé que s'il n'avait jamais été célébré.

Par voie de conséquence, le contrat de mariage se trouve, par là même, destitué de tout effet, puisque le mariage qui seul pouvait le vivifier, a disparu rétroactivement sans laisser de traces juridiques. Ce contrat n'a pas plus de valeur que s'il n'avait jamais été suivi d'une célébration du mariage, tout au plus, pourra-t-il servir à fournir des renseignements pour la liquidation de la société de fait, qui a existé entre les pseudo-époux pendant le temps de leur vie commune. Le tribunal verra quels ont été les apports et les dépenses de chacun. Il restituera à chaque intéressé ses apports, et répartira les dépenses et bénéfices, non pas d'après les principes de la communauté conjugale, mais selon les règles de l'équité, en s'inspirant de la législation qui régit les sociétés.

201. Mais il est possible que l'un des époux ou tous les deux aient été de bonne foi, de telle sorte que le mariage soit putatif. En une semblable hypothèse, cette union produit les effets civils du mariage, du moins au profit de l'époux de bonne foi et des enfants. Telle est la règle posée par la loi dans les articles 201 et 202.

Si le mariage a été déclaré putatif à l'égard des deux conjoints, ils invoqueront leur contrat de mariage, et feront valoir leurs conventions matrimoniales (1).

Si, au contraire, un seul des deux époux a été de bonne

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 460 texte, p. 51.

foi, la situation ne laissera pas de présenter quelques singularités. Cet époux aura le choix entre invoquer son contrat de mariage ou y renoncer, tandis que l'autre ne pourra pas s'en prévaloir. La solution contraire aboutirait, en effet, à cette conséquence inadmissible, à savoir que l'époux de mauvaise foi serait fondé à imposer, à son conjoint de bonne foi, des conventions matrimoniales que ce dernier répudie (1).

Dans l'hypothèse où l'époux de bonne foi renonce à l'application du contrat de mariage, les conventions matrimoniales seront alors considérées comme non avenues. Les rapports pécuniaires des intéressés seront réglés comme nous venons de le dire, en prévoyant le cas dans lequel les deux époux étaient de mauvaise foi.

Dans le cas, au contraire, où l'époux de bonne foi réclame l'application du contrat de mariage, il en est fait usage. Ce contrat régit le passé, de telle sorte que l'annulation du mariage se comporte, ici, comme une cause de dissolution de l'union conjugale.

Mais il va sans dire que l'époux de bonne foi doit réclamer l'application intégrale du contrat de mariage, ou le répudier en bloc, sans qu'il lui soit possible de choisir, parmi les clauses, pour s'en tenir à celles-là seulement qu'il trouve avantageuses pour lui (2).

Enfin, on peut se demander si le mariage putatif, — qui existe certainement à l'égard des tiers en tant qu'il s'agit des droits qui découlent du mariage et leur sont opposables, — doit être, vis-à-vis de ces tiers, considéré comme valable à tous égards. Précisons la question. Les époux s'étaient mariés sans contrat, par conséquent sous le régime de la communauté légale, et la femme contracte une obligation avec l'autorisation de son mari. Dans cette hypothèse, l'article **1419**, dont il importe de ne pas séparer l'ar-

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 180. — Demolombe, *op. cit.*, III, n. 372 ; Duranton, *op. cit.*, II, n. 366. — Rapp. Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 501, texte et note 7, p. 231 et § 460, note 18, p. 52 : Baudry-Lacantinerie et Houcques Fourcade, *Des personnes*, II, n. 1925 s. ; Huc, *op. cit.*, II, n. 166 ; Beudant, *Des personnes*, I, n. 291 et 296 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 9 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 270.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 180.

ticle 1409-2°, déclare que le créancier peut, à son choix, poursuivre soit la femme, soit le mari qui a donné son autorisation. Comme conséquence de la communauté, les tiers obtiennent, en effet, d'avoir action sur les biens du mari et sur ceux de la communauté, de même que sur les biens de la femme (1).

Ceci posé, et le mariage putatif étant annulé, les tiers peuvent-ils se prévaloir de ce que les époux sont réputés avoir été mariés en communauté pour agir sur les biens du mari ? Le doute est, à cet égard, permis. Cependant la solution négative nous semble devoir être admise. Le mariage putatif ne produisant ses effets qu'à raison de la bonne foi, et celle-ci s'observant chez les époux, c'est seulement à leur profit qu'il doit produire ses conséquences, à moins que la loi n'en décide différemment. Or, elle ne dit rien dans l'ordre d'idées où nous venons de nous placer.

Nous concluons de cette solution que les tiers n'ont pas le droit d'invoquer contre les époux de bonne foi les conventions matrimoniales, dont ceux-ci n'ont pas encore réclamé le maintien.

202. Nous allons supposer, désormais, que le mariage était entaché de nullité, et que cette nullité se trouve couverte. Le contrat de mariage est-il nécessairement validé, par cela même que le mariage est maintenant à l'abri de toute attaque ?

Pour répondre à cette question, une distinction doit être faite.

D'abord, si les conventions matrimoniales ne sont atteintes d'aucun vice propre, et si le seul obstacle à la plénitude de leur efficacité juridique était la nullité du mariage, celle-ci disparue, il est clair que le pacte matrimonial devient inattaquable.

Mais il n'en n'est plus de même quand le contrat de mariage était irrégulier comme le mariage. Par exemple, ce contrat a été passé par un incapable sans l'assistance des ascendants dont le consentement était requis pour le mariage. De ce que les parents s'inclinent devant le fait

(1) V. *infra*, I, n. 583 s.

accompli et laissent périr l'action en nullité qui leur appartenait contre le mariage, de ce que même ils approuvent finalement cette union, il ne faut nullement conclure qu'ils entendent pour cela valider les conventions pécuniaires qui ont précédé le mariage, et dans lesquelles il est très possible que le mineur qui n'a pas été habilité conformément à la loi, ait été exploité. Le législateur eût été imprudent de mettre les ascendants dans la nécessité de faire annuler le mariage, sauf à en permettre de suite une nouvelle célébration, pour faire tomber un contrat de mariage fâcheux. Nulle part, la loi n'a consacré une solution aussi regrettable, que les principes ne réclament pas davantage (1).

C'est par suite d'une sorte de méprise que Troplong (2) a soutenu le contraire, en affirmant une prétendue indivisibilité du mariage et des conventions matrimoniales. Pour lui, quiconque est apte à consentir au mariage est habile à consentir les conventions matrimoniales. Puis il essaie de fonder sur l'ancienne jurisprudence et sur la règle : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptiala,* toute une théorie que la cour de cassation répudie de plus en plus, ainsi que nous l'avons pu constater à propos de la capacité de faire un contrat de mariage requise en la personne pourvue d'un conseil judiciaire (3).

On serait peut-être tenté de citer comme contraire à notre doctrine que confirme la jurisprudence, un arrêt de la cour de Paris du 9 février 1860 (4). Mais cet arrêt établit, en réalité, avec beaucoup de mesure et de prudence, cette unique solution, à savoir que le contrat de mariage, passé avant l'obtention des dispenses de parenté ou d'alliance, est valable s'il est plus tard suivi d'un mariage régulier.

(1) Odier, *op. cit.*, II, n. 610 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 502, texte et note 14, p. 240.

(2) Troplong, *op. cit.*, I, n. 95 à 124. — Cpr. Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 9.

(3) V. *supra*, n. 157.

(4) Sirey, 60, 2. 65. — V. *supra*, I, n. 161.

§ III. *Des nullités du contrat de mariage.*

203. Les causes de nullité des contrats de mariage sont nombreuses, ainsi que nous l'avons constaté chemin faisant.

Les unes sont incontestablement absolues et irréparables. D'autres, comme celles qui sont fondées sur l'incapacité des futurs époux, sont-elles relatives selon le droit commun ? Une renonciation expresse ou tacite, ou même la prescription décennale (art. 1304) peut-elle les faire disparaître au cours du mariage ? Ce résultat ne serait-il pas contraire à la règle, écrite dans l'article 2253, d'après laquelle la prescription ne court pas entre époux, et à cet autre principe que les conventions matrimoniales ne peuvent, au cours du mariage, recevoir aucune modification résultant de la volonté des parties (art. 1395), et doivent nécessairement être fixées avant le mariage ? La jurisprudence et bon nombre d'auteurs l'ont pensé, si bien que la théorie des nullités relatives se trouve profondément modifiée, si elle n'est pas supprimée, en matière de contrat de mariage.

Voilà pourquoi nous avons entrepris une étude d'ensemble sur les nullités.

Nous présenterons nos développements sur ce sujet, dans l'ordre que voici :

1° Quelles sont les conséquences légales de l'annulation d'un contrat de mariage judiciairement prononcée ?

2° Quelle situation est faite aux époux, au cours du mariage, par les nullités absolues non encore constatées en justice ?

3° Enfin, quelles nullités pourraient être considérées comme relatives, d'après le droit commun, et quelle est leur influence sur le contrat de mariage ?

204. I. Quelles sont les conséquences légales de l'annulation d'un contrat de mariage prononcée en justice ? La réponse est simple : une fois déclaré nul par les tribunaux, le contrat de mariage n'a plus de valeur légale. Il est censé n'avoir jamais existé.

Ce résultat étant toujours identique, il est inutile de

rechercher, à ce point de vue, si la nullité était absolue ou seulement relative. Les époux se trouvent dans la même situation que s'ils étaient mariés sans contrat, et leur régime matrimonial est celui de la communauté légale.

205. Cette conséquence a, toutefois, paru exorbitante à plusieurs jurisconsultes. Ils l'admettraient volontiers dans les cas où la nullité est telle qu'elle équivaut à l'inexistence même du contrat de mariage. Ils se font au contraire scrupule de l'approuver, lorsque le contrat de mariage est annulé pour cause d'incapacité de l'un des futurs conjoints.

Voici l'argument que l'on présente dans cet ordre d'idées, et il ne faut point s'en dissimuler la gravité. Les incapables, dit-on, peuvent consentir valablement toutes les conventions qui font leur condition meilleure. Ne serait-ce pas, dès lors, rétorquer, contre le mineur ou le faible d'esprit, la protection de la loi, que de déclarer nul le contrat de mariage par lequel, sans être assisté comme le veut le législateur, il a fait des stipulations qui lui sont incontestablement profitables, comme l'adoption d'une communauté d'acquêts, du régime exclusif de communauté ou de la séparation de biens?

Ceci posé, si l'incapable a, d'une part, manifesté dans son contrat de mariage la volonté d'exclure son mobilier de la communauté en la réduisant aux acquêts, — clause qui améliore à son profit le régime de la communauté, — mais qu'il ait consenti, d'autre part, quelque libéralité à son conjoint, pourquoi, si ces clauses sont indépendantes l'une de l'autre, ne validerait-on pas la première tout en annulant la seconde?

On peut prétendre, il est vrai, et l'on a soutenu que les conventions matrimoniales forment un ensemble toujours indivisible. Mais on a beaucoup abusé de l'idée d'indivisibilité en ces matières. Assurément, il n'est pas rare que le contrat de mariage forme un tout, dont aucune partie ne puisse être supprimée, sans qu'on coure le risque, en voulant maintenir le surplus, de violer les intentions des parties contractantes. Dès lors, toutes les fois qu'il paraîtra en être ainsi, le contrat, vicié dans une de ses parties, doit périr en entier. Mais, d'autres fois, le juge peut très bien constater

l'indépendance de certaines stipulations, par exemple de certaines libéralités. Pourquoi donc leur annulation entraînerait-elle la chute totale du contrat de mariage? On ne le voit pas. Les meilleurs auteurs et la jurisprudence semblent se fixer en ce sens (1).

Or, si les contrats de mariage ne sont pas nécessairement indivisibles, si, d'autre part, l'incapacité des contractants ou de l'un d'eux ne vicie que quelques-unes des stipulations, pourquoi le surplus des conventions matrimoniales, s'il est indépendant des clauses nulles, ne subsisterait-il pas?

De même et à l'inverse, en supposant qu'un contrat de mariage contenant des clauses étrangères à l'objet propre de ce contrat, — comme des reconnaissances de paternité ou de maternité, des reconnaissances de dettes, — vienne à être annulé, on ne comprendrait pas qu'il en fût de même de ces stipulations.

Nous ferions assez volontiers une part à cette argumentation. D'abord l'annulation d'un contrat de mariage n'entraîne pas forcément celle des stipulations qu'il contient en dehors de l'objet propre des conventions matrimoniales, si les règles nécessaires à la validité de ces stipulations ont été obéies. Il n'y a point à ce sujet à parler d'indivisibilité. Mais nous allons plus loin. Voici, notamment, que l'un des futurs est pourvu d'un conseil judiciaire, et que son contrat de mariage contient tout à la fois la stipulation d'une communauté réduite aux acquêts et une libéralité dans laquelle ce prodigue joue le rôle du donateur. Dans cette hypothèse, nous admettons qu'on annule la donation, sans déclarer, pour cela, les époux mariés sous le régime de la communauté légale, ce qui serait, peut-être, plus préjudiciable à l'incapable que le maintien de la donation elle-même.

Toutefois, nous ne croyons pas que les juges puissent prononcer des décisions de cette nature, autrement qu'à titre exceptionnel et en les appuyant sur les intentions des parties contractantes.

Ne nous occupons désormais que des conventions matri-

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 502, texte et notes 11, 12 et 13, p. 236 s.; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 319, *in fine*. — Nîmes, 30 août 1854, D., 56.2.107.

moniales proprement dites. Le tort de quelques jurisconsultes, à notre avis, est d'avoir soutenu que dès que l'incapable a manifesté dans un contrat de mariage — acte authentique — la volonté d'écarter le régime de la communauté légale, ce régime devrait toujours être exclu, quand même le contrat de mariage tomberait tout entier.

La première objection contre une semblable doctrine tient à la difficulté de désigner le régime qui, dans ce cas, remplacerait la communauté légale. Est-ce le régime de séparation de biens (1)? Est-ce le régime exclusif de communauté (2)? Est-ce la communauté réduite aux acquêts (3) ? Chacun de ces trois régimes a ses partisans. Mais aucune de ces solutions n'a d'appui dans notre loi.

La communauté d'acquêts, d'abord, suppose, comme le régime exclusif de communauté, que les contractants ont penché vers les traditions coutumières. Comment les imposer, en vertu même de leur contrat annulé, à ceux des contractants qui auront manifesté leurs préférences pour les traditions des pays de droit écrit ?

Quant à la séparation de biens, allons-nous donc en faire le régime de droit commun des incapables? Malgré sa logique intrépide, Bertauld n'ose pas aller jusque-là.

Certes, les législateurs de 1804 auraient pu décider que la communauté légale, reposant sur une convention tacite, serait seulement le régime de ceux qui, pouvant faire un contrat de mariage et jouissant de leur pleine capacité, auraient manifesté, par leur silence, la volonté de se soumettre à la communauté de tous les meubles et acquêts. Mais, à tort ou à raison, ils sont allés plus loin : ils ont fait, de ce type de communauté, le droit commun : c'est le régime de tous ceux qui n'ont pas de contrat valable, sans distinguer entre les personnes capables et celles qui ne le sont pas. Autrement, il nous faudrait admettre, avec Ber-

(1) Demolombe. *op. cit.*, VIII, n. 740.

(2) Vidal, *Études sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, p. 103-109.

(3) Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales du code Napoléon*, I, n. 623-624.

tauld, que l'incapable qui se marie sans contrat ne sera point soumis à la communauté légale, en raison des aliénations qu'elle entraîne.

Cette logique n'a pas été celle des rédacteurs du code civil. Pour eux, la communauté de tous les meubles et acquêts doit être considérée comme un régime dont les conséquences légales n'ont rien d'excessif. Sans doute, cela n'est pas toujours exact. Ils l'ont eux-mêmes reconnu en édictant, notamment, l'article 1496 dans l'intérêt des enfants d'un précédent mariage. D'autre part, dans la discussion au conseil d'État, il a été dit que c'est aux intéressés qu'il appartient d'exclure de la communauté les valeurs mobilières, en totalité ou en partie, si leur mise en communauté paraît excessive en la circonstance (1). Peut-être nos législateurs de 1804 ont-ils oublié que les incapables ne profiteraient pas de ce remède, si bien que notre législation présente une lacune sur ce point. Mais il n'est pas permis aux interprètes de la combler.

Le principe que nous avons formulé reste intact, et, quelle que soit la cause de la nullité, si le contrat de mariage disparaît intégralement, le régime matrimonial des époux est la communauté légale (2).

206. II. La question que nous devons nous poser, désormais, — elle ne demande qu'un mot, — est celle de savoir quelle situation est faite aux époux, durant le mariage, par une nullité absolue du contrat de mariage non encore judiciairement prononcée.

La réponse est que, en fait, c'est presque comme si les époux étaient soumis à la communauté légale, puisque tout intéressé peut demander la nullité du contrat.

(1) Locré, XIII, p. 184-190 ; Fenet, p. 556-558.

(2) Civ. cass., 15 nov. 1858, S., 59. 1. 385, D., 58. 1. 439. — Req., 16 juin 1879, S., 80 1.165, D., 80 1.415. — Riom, 23 juin 1853, S., 54.2.37, D., 55.2.321. — Limoges, 17 avr. 1869, S., 70.2.208, D., 71.2.167. — Nîmes, 9 mars 1875, S., 76. 2.181. — J. Orthez, 16 déc. 1891, sous Pau, 15 mars 1892, S., 93.2.133. — V. Troplong, *op. cit*, I, 284 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 46 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 502, texte et note 31, p. 246 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 15 *bis*, V ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 36 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 320 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 50. — Rép. gén. Fuzier-Herman, v° *Contrat de mar.*, n. 255 s.

207. III. Recherchons, enfin, quelles nullités pourraient être considérées comme relatives d'après le droit commun, et quelle est leur influence sur le contrat de mariage.

Existe-t-il donc des nullités relatives en matière de contrat de mariage ? La question surprend au premier abord. Pourquoi les nullités, résultant de l'incapacité ou d'un vice du consentement, pourraient-elles être invoquées par un autre que par l'incapable, ou par un autre que celui dont le consentement a été vicié par la violence, le dol, etc... ? Pourtant cette question est des plus graves, et la solution qui semble prévaloir nous oblige à diviser l'examen du problème.

208. Parlons, d'abord, des nullités fondées sur l'incapacité de l'un des époux. En observant qu'il n'y a, dans aucun texte, une dérogation au principe posé par l'article **1125**, duquel il résulte que la nullité des contrats faits par un incapable, quand il s'agit d'une incapacité de protection, est une nullité relative, il y a des interprètes qui appliquent cette règle au contrat de mariage (1). Mais la jurisprudence répudie cette manière de voir. Pour elle, les nullités fondées sur l'incapacité doivent être assimilées à des nullités absolues (2).

La raison principale donnée à l'appui de cette solution, c'est qu'il ne s'agit point, dans notre hypothèse, d'un contrat d'intérêt purement privé, mais bien d'un contrat établissant une situation destinée à régler les rapports des conjoints avec les tiers, avec le public. On en conclut que ce contrat

(1) Troplong, *op. cit.*, I, n. 288 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 46 ; Marcadé, *op. cit.*, V, sur l'art. 1398, n. 2 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 15 *bis*, V ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 502, texte et notes. 30 s., p. 245 s.; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 31 s. ; Lebret, *Rev. crit.*, 1880, p. 583 s. (*Examen doctrinal*). — Rép. gén. Fuzier-Herman, v° *Contr. de mar.*, n. 399. — Cpr. Huc, *op. cit.*, IX, n. 55 ; Planiol, *op. cit.*, III, n. 839.

(2) Civ. rej., 5 mars 1855, S., 55.1.348, D., 55.1.101. — Civ. rej., 19 juin 1872. S., 72.1.281, D., 72. 1. 346. — Req., 16 juin 1879, S., 80. 1. 166, D.. 80. 1. 415 — Bourges, 18 nov. 1856, S., 57.2.299. — Nimes, 9 mars 1875, S., 76.2.181. — Pau, 15 mars 1892, S., 93.2.133, — Agen, 28 mai 1894, S., 96.2.296, D., 97.2. 80. — Nimes, 13 janv. 1897, S., 97. 2.141, D., 97. 2. 128. — Bertauld, *Quest. prat. et doctrinales de code Napoléon*, I, n. 598 s, ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 316, 317; de Folleville, *op. cit*,, I, n. 112, 112 *bis*, 112 *ter*.

ne peut pas être à la discrétion de l'incapable ; il faut une situation définitive, voilà l'idée de la loi. Les articles 1395 et 1451 en sont la preuve.

Les partisans de la nullité relative répondent qu'une semblable raison aurait pu toucher le législateur, mais que l'interprète ne peut pas s'en emparer pour faire échec à une règle générale, comme celle de l'article 1125. Ils ajoutent que ce que l'on dit du contrat de mariage pourrait être répété pour presque tous les contrats. Est-ce qu'il n'est pas important pour les tiers qu'un contrat de vente, par exemple, soit nettement fixé ? En outre, dit-on, le mariage, lui-même, est bien soumis à une nullité relative, quand l'incapable n'a pas été assisté des personnes qui devaient l'autoriser ; est-ce que le contrat de mariage ne se trouve pas, lui aussi, implicitement soumis à la même nullité ? Le législateur n'a donc pas été touché, autant qu'on le suppose, par cette idée qu'en notre matière les tiers doivent être protégés par une nullité spéciale, en mettant à l'écart l'application du droit commun de l'article 1125.

Certes ! cette argumentation est des plus fortes. Mais il faut reconnaître que l'on est singulièrement embarrassé pour suivre, dans ses conséquences logiques, la théorie de la nullité relative.

Cette thèse étant acceptée, comment l'incapable pourra-t-il invoquer la nullité ? Les actes passés par un mineur peuvent être tantôt nuls pour vice de forme, tantôt rescindables pour cause de lésion. Dès lors, le mineur doit-il prouver qu'il a été lésé ou non pour attaquer le contrat ? Tout revient à se demander si le consentement que doit obtenir le mineur est une règle de forme du contrat de mariage ? Cette question est des plus délicates (1). Elle ne

(1) Si l'on admet que la nullité résultant de la minorité doit être relative, il faut, à notre avis, décider que le mineur doit prouver la lésion. « Le mineur, dit en effet l'art. 1309, n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage ». Donc, si ces conditions n'ont pas été remplies, le mineur est restituable. Si l'art. 1398 n'a pas été observé, l'art. 1305 s'applique. L'art. 1309 devient alors une preuve, qui a sa valeur, à l'appui de l'opinion qui admet la nullité relative.

se présente pas pour ceux qui sont partisans de la nullité absolue.

De plus, étant admis qu'il s'agit d'une nullité relative, peut-on décider que le mineur pourra ratifier pendant la durée du mariage ? Assurément non. Le motif de cela : ce n'est pas seulement le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395) ; c'est, en outre, la règle générale d'après laquelle, pour ratifier un acte, il faut se trouver dans des conditions telles qu'il serait possible de le passer. Or le contrat de mariage ne peut être ni fait, ni modifié, soit pendant le mariage, soit même après sa dissolution ; la ratification n'en est donc pas possible. Voilà, assurément, une bien grave atteinte aux règles ordinaires de la nullité relative.

En somme, il est facile de comprendre que l'on souscrive volontiers à l'opinion de la jurisprudence. D'abord, pendant le mariage, les nullités dont nous parlons ne peuvent pas être couvertes par la prescription, puisqu'aucune prescription ne court entre époux (art. 1304, 2253). Nous venons de constater, d'autre part, que toute ratification est impossible, même après la dissolution du mariage (1). Enfin, l'intérêt des tiers exige la stabilité du régime matrimonial, et doit leur conférer le droit d'invoquer toute espèce de nullité du contrat de mariage (2).

209. La difficulté devient plus grave encore lorsqu'il s'agit des vices du consentement, comme le dol et la violence.

Ce n'est pas que cette difficulté se soit fréquemment pré-

(1) Toutefois, après la dissolution du mariage, les époux ou leurs héritiers, tous majeurs et maîtres de leurs droits, peuvent, s'ils le préfèrent, prendre le contrat de mariage nul comme base de leur règlement pécuniaire. — Nîmes, 13 janv. 1897, S, 97, 2, 141, D., 97, 2, 128. Cpr. Req. 31 janv, 1833, S , 33. 1. 471. (La cour de Poitiers avait admis la ratification, pendant le mariage, d'un contrat de mariage passé en 1793).

(2) Observons que certains auteurs, — ce qui ruine leur thèse, à notre avis, — tout en admettant que la nullité est relative et que l'époux capable ne peut pas s'en prévaloir, soutiennent cependant que les tiers ont le droit de l'invoquer, quand les conjoints veulent leur opposer les clauses de leur contrat. — V. Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 502, texte et note 30, p. 245 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 35.

sentée devant les tribunaux, surtout en ce qui concerne la violence. On ne conçoit guère, en effet, que l'un des époux ait été contraint par violence à souscrire un contrat de mariage onéreux pour lui, sans que la même violence ait été pratiquée pour extorquer son consentement au mariage lui-même. Celui qui avoue avoir librement consenti au mariage peut-il alléguer, sérieusement, qu'il n'a consenti au contrat de mariage préalable que contraint et forcé ? Si jamais le sort du mariage et celui du contrat de mariage ont paru liés, n'est-ce pas en une pareille occurrence ? On pourrait objecter, il est vrai, que celui qui était sous l'empire d'une véritable terreur, lors du contrat de mariage et au moment de la célébration de l'union, peut se résigner au mariage sous l'empire du fait accompli, et vouloir du moins sauvegarder son avenir pécuniaire. C'est, par exemple, une jeune femme qui, une grossesse survenue, n'ose pas rompre le lien conjugal.

Il nous semble que le sacrifice des intérêts pécuniaires sera bien léger en comparaison de celui que l'époux a déjà consenti, et que l'annulation totale du contrat de mariage n'est peut-être pas le meilleur moyen de sauvegarder sa fortune. Cette annulation va substituer, en effet, le régime de la communauté légale à celui qui avait été stipulé. Est-ce donc là un régime de protection et de défense ?

Le cas de violence le moins invraisemblable est celui-ci : un jeune homme riche a eu le tort de compromettre une jeune fille de condition plus modeste et sans fortune. Supposons même, si l'on veut, ce jeune homme seulement imprudent, naïf et victime d'un odieux chantage. Le mariage célébré, il juge la jeune femme digne de conserver le titre d'épouse légitime. Quel avantage moral et pécuniaire trouvera-t-il alors à faire proclamer judiciairement la contrainte qu'il a subie et à faire annuler son contrat de mariage pour voir ensuite tomber en communauté toutes ses valeurs mobilières présentes et futures ?

Aussi, des jurisconsultes ont-ils gravement soutenu que l'action en nullité pourrait être dirigée contre la communauté légale elle-même, pour y substituer la séparation de

biens. La violence aura pu tendre, en effet, à interdire tout contrat de mariage, l'abstention étant le résultat le plus aisé à obtenir par la contrainte. Mais cette thèse est en opposition manifeste avec le code civil. Elle ne tend à rien moins qu'à faire considérer le régime de séparation de biens comme le régime de droit commun. L'idée a été émise, en 1883, devant l'Académie de législation de Toulouse (1). Elle ne peut s'expliquer que par la persistance des traditions des pays de dotalité dans cette région. Elle vient se heurter à la disposition de l'article 1393 dont la portée est générale, et qui proclame la communauté légale, le régime de tous ceux qui n'ont pas de contrat de mariage.

Que des actions en dommages et intérêts ou en nullité de certaines clauses excessives, comme des ameublissements, des gains de survie, des clauses de partage inégal, naissent des circonstances qui ont accompagné le contrat de mariage; voilà tout ce que nous pouvons concéder.

210. C'est surtout sur la question d'annulation des conventions matrimoniales pour cause de dol, que la controverse a été vive (2). Les exemples de dol sont plus fréquents que ceux de violence.

Ici encore, il importe de voir la situation sous son aspect véritable, et de bien poser le problème. Pourquoi donc le contrat de mariage ne pourrait-il pas, comme les autres contrats, être annulé, si le consentement d'un des contractants a été surpris par le dol de l'adversaire ? On a dit qu'il existait une sorte de lien intime ou de solidarité, voire même d'indivisibilité, entre le mariage, sur lequel le dol est légalement sans influence, et le contrat de mariage, c'est-à-dire entre le contrat principal qui unit les personnes et le contrat accessoire qui régit le budget de leur association. Avons-nous besoin de réfuter une fois de plus ce système ? C'est avec une exagération manifeste qu'on a affirmé que l'irré-

(1) V. Discussion à l'Académie de législation de Toulouse : Vidal, *Étude sur les mesures organisées par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, p. 159.

(2) V. et cpr. Valette, *Mélanges de droit, de jurispr. et de législ.*, II, p. 137 s. : Guillouard, *op. cit.*, I, n. 293 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 49,

vocabilité du contrat de mariage serait aussi énergique que celle du mariage, que leur stabilité devrait être égale et leur sort commun. Il a suffi, pour renverser la thèse, de rappeler le rôle de la séparation de biens judiciaire, substituant un régime nouveau à celui que le contrat de mariage avait établi, et aussi la jurisprudence, qui admet la stipulation d'un régime matrimonial sous condition suspensive et d'un autre régime sous condition résolutoire (1).

Si le mariage ne peut pas être annulé sans entraîner la disparition du contrat de mariage, la solution inverse n'est plus vraie. Le principal peut survivre à l'accessoire, et le contrat de mariage périr par un vice propre, sans que le lien conjugal en reçoive la moindre atteinte.

Quoi qu'il en soit, et en ce qui concerne les vices du consentement, on tend, de plus en plus, à ne pas les trouver suffisants pour justifier une action en nullité du contrat de mariage, mais seulement une action en dommages et intérêts ou en nullité de quelques stipulations d'une gravité exceptionnelle, telles que des ameublissements, des donations de biens présents, des institutions contractuelles, etc. (2).

Ces sortes d'actions, qui n'entraînent pas la chute du contrat de mariage tout entier, obéiront aux règles du droit commun, sauf à observer que, comme le procès se démêle entre époux, il convient d'appliquer l'article 2253, duquel il résulte que la prescription ne court point entre conjoints. Quant à la ratification de l'acte annulable, qui peut intervenir au cours du mariage, puisque celle-ci, loin d'apporter un changement aux conventions matrimoniales défendu par l'article 1395, consacre leur maintien intégral, elle équivaudra à une libéralité entre époux, révocable aux termes de l'article 1096.

(1) V. *supra*, I, n. 47 *bis*.

(2) J. Seine, 19 fév. 1839, sous Cass., D., 73, 1. 433. — Douai, 10 janv. 1835, P. chr.

CHAPITRE VIII

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA DOT

211. Les mots *dot* et *constitution de dot* ont plusieurs sens qu'il importe de préciser dès le début d'une étude sur le contrat de mariage. Il n'est pas moins utile de formuler, dès maintenant, quelques principes qui régissent la dot sous tous les régimes matrimoniaux, afin de ne pas les confondre avec les règles spéciales à chacun de ces régimes.

212. Dans une première acception, la plus scientifique, la dot est, selon les termes mêmes de l'article 1540 : *le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage*. La femme peut, seule, avoir ce genre de dot.

On peut dire, d'ailleurs, que tous les biens de la femme mariée appartiendront à l'une ou à l'autre dès trois catégories que voici :

1° Les biens dont la femme conservera l'administration et la jouissance (art. 1536, 1576 al. 1er, 1449 et 1563). Les jurisconsultes des pays de droit écrit leur ont donné le nom de *paraphernaux*, qui leur est conservé, de nos jours, sous le régime dotal. Les jurisconsultes des pays de communauté les appelaient *extra-dotaux*. La signification de ces deux mots est la même. Elle nous montre clairement que les deux autres sortes de biens, que peut avoir l'épouse et que nous allons signaler, sont dotaux.

2° Les biens dont la femme conserve la propriété et dont la jouissance est abandonnée, soit au mari, en son propre nom, comme les biens dotaux sous le régime dotal (art. 1549) ou sous le régime exclusif de communauté (art. 1530 et 1531), soit à la communauté dont le mari est le chef (art. 1428, 1401-2°).

3° Enfin les biens dont la femme a abandonné la propriété soit à la communauté (art. 1401-1°), ce qui est l'état normal des meubles sous le régime de la communauté légale, soit au mari personnellement, ce qui est plus rare. On peut

cependant signaler, dans cet ordre d'idées, les articles 1551 et 1552; encore faut-il observer qu'il s'agit, dans ces textes, d'une sorte de quasi-usufruit plutôt que d'un véritable abandon de la propriété, puisque la valeur pécuniaire des biens doit faire retour à la femme (1).

Des notions que nous venons de donner ainsi, nous sommes amenés à cette conclusion, à savoir que la femme n'a point de dot, au sens de l'article 1540, tant sous le régime de séparation de biens contractuelle ou judiciaire, que sous le régime dotal, lorsque tous les biens de l'épouse sont paraphernaux.

Observons, d'autre part, que sous le régime de communauté ou sous le régime exclusif de communauté, tous les biens de la femme sont présumés dotaux, tandis que, sous le régime dotal, la présomption se trouve renversée, du moins quant aux biens que possédait la femme avant le contrat de mariage. Pour ces biens, la paraphernalité est la règle et la dotalité l'exception. La présomption de dotalité n'apparaît qu'à l'égard des biens donnés par le contrat de mariage (art. 1544).

Quant aux droits du mari sur l'espèce de dot dont nous venons de préciser le sens juridique, ils sont variables avec les divers régimes, et il devient inutile d'en parler davantage en ce moment.

213. Il n'en est plus de même de la *dot*, telle qu'il faut l'entendre dans une acception plus générale que celle dont nous venons de déterminer la signification.

On appelle en effet, assez souvent, *dot :* l'ensemble des biens que chacun des époux possède au jour de la célébration du mariage. En ce sens, le mari a une dot tout aussi bien que la femme. C'est ainsi, pour indiquer les libéralités faites à l'un ou à l'autre des futurs époux en faveur de son mariage, que l'on dira : telle somme ou tel immeuble lui a été *constitué en dot*.

C'est de cette constitution de dot que nous allons tenter de présenter la théorie générale.

214. Peut-être, pourrait-on encore distinguer d'autres

(1) V. *infra*, III, n. 1606 s.

nuances dans l'emploi du mot *dot*. On a voulu, par exemple, s'en servir pour désigner la mise en communauté de chacun des époux.

Dans cette hypothèse, si l'on comprend, sous la dénomination de dot, tous les biens apportés à la communauté par chaque conjoint soit en propriété, soit en jouissance, on arrive à désigner par là l'ensemble des biens que l'un ou l'autre époux possède en entrant en ménage. On donne alors au mot dot le même sens général que celui par nous indiqué au numéro précédent.

Si, au contraire, on entend ne parler ainsi que des biens dont l'époux apporte la jouissance à la communauté, et dont il exerce la reprise à la dissolution du mariage ou en cas de séparation de biens, il semble que le mot *apport* convienne mieux que celui de dot (1).

215. Quoi qu'il en soit, nous allons essayer, ici, de tracer les règles générales des *constitutions de dot*, ou *libéralités faites par contrat de mariage* à l'un ou à l'autre des futurs époux.

Le législateur leur a consacré quelques articles épars dans notre titre. Il est bon de les grouper.

Ces textes ont pour objet :

1° Certaines règles d'interprétation de la constitution de dot;

2° Les intérêts de la dot ;

3° La garantie à laquelle elle donne lieu ;

4° L'application à la dot des théories du rapport et de la réduction des libéralités.

Reprenons chacune de ces quatre questions. Nous présenterons ensuite :

5° Un aperçu de la doctrine et de la jurisprudence sur l'exercice de l'action paulienne contre la constitution de dot.

Le législateur ayant jugé à propos de régler par des textes spéciaux aux divers régimes les questions relatives à la preuve du paiement de la dot, nous suivons sur ce point le plan par lui tracé (2).

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 500, note 2.

(2) V. principalement *infrà*, II, n. 1301 s. et III, n. 1888 s.

§ I. *De l'interprétation de la constitution de dot émanée des père et mère.*

216. Peut-être le législateur s'est-il, dans cet ordre d'idées, trop attardé sur une question qui semble être du domaine du fait. Son excuse est qu'il a laissé, sous l'empire du droit commun, l'interprétation des libéralités faites au futur ou à la future épouse par tout autre que par le père ou la mère du donataire (1).

Quant aux donations faites par les père et mère, il en est question dans deux séries de textes : les articles **1438** et **1439**, puis les articles **1544** à **1546**. Ces textes poursuivent dans ses principales applications la solution d'un problème qui avait beaucoup préoccupé nos anciens juriconsultes, et, avant eux, les jurisconsultes romains (2). Il s'agissait de savoir si l'obligation de doter pèse sur le père et la mère, ou sur le père seul, selon la maxime : « *Paternum officium dotare filias* ». Le législateur français a opté pour la première opinion. Ainsi qu'il a été expliqué à propos des obligations qui naissent du mariage, les père et mère sont soumis à l'obligation *naturelle* de doter leurs enfants dans la mesure de leurs moyens (art. **204**) (3).

217. L'article **1546** en déduit cette conséquence que la dot, à moins de clause contraire, sera prise sur les biens des constituants, *quoique la fille dotée par ses père et mère ait des biens à elle propres, dont ils jouissent.* Ils ne sont pas admis à prétendre qu'ils ont voulu seulement abandonner la jouissance des biens dont ils avaient l'usufruit légal. Cette solution doit être étendue à la libéralité faite par un seul des père et mère, et à la dot constituée au fils.

Cependant il ne faut pas exagérer la rigueur de l'interprétation, et l'article **1545** nous ramène au droit commun

(1) Cpr. Req., 3 mars 1902. D. 1904.1.363.

(2) V. L. 19, Dig, *De ritu nuptiarum*, liv. XXIII, tit. II. — L. 7, Cod. *De dotis promissione* et la Novelle XXI de Léon. — Despeisses, *Tr. de la dot*, tit V, sect. I ; Roussilhe, *Tr. de la dot* (édit. Sacase, 1856), p. 8).

(3) V. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Tr. des personnes*, II, n. 2023 et 2407,

favorable au débiteur et au donateur. Le survivant *qui constitue une dot pour biens paternels et maternels, sans spécifier les portions*, doit, en effet, être présumé avoir voulu imputer la dot, d'abord sur les droits de l'enfant dans les biens du prédécédé, et ne s'être engagé qu'à fournir le surplus (1).

Ces deux articles 1545 et 1546, placés dans le chapitre consacré au régime dotal, doivent évidemment être appliqués quel que soit le régime matrimonial adopté par l'enfant, et quel que soit aussi celui auquel les parents étaient soumis.

218. Lorsque, d'autre part, du vivant des père et mère, la dot est constituée par un seul d'entre eux, celui-là est seul, en général, tenu de fournir la dot promise. Cette solution, conforme aux principes, est expressément consacrée par l'article 1544, alinéa 2, dans un cas qui aurait pu faire naître un doute. « *Si la dot*, porte le texte, *est constituée par le père seul pour droits paternels et maternels, la mère, quoique présente au contrat, ne sera point engagée, et la dot demeurera en entier à la charge du père.* » La mère ne peut donc pas être engagée par sa seule présence, le père eût-il employé une de ces expressions compréhensives pouvant laisser croire qu'il parle au nom de sa femme, comme au sien.

Toutefois, si les père et mère sont mariés sous le régime de la communauté, la dot, constituée par un seul, peut obliger l'autre époux ou la communauté, selon des distinctions qui se rattachent à l'étude de ce régime (V. les art. 1439, 1422, 1419 et 1409-2°).

219. Signalons encore que les père et mère qui ont doté conjointement leur enfant commun, sans distinguer la part de chacun d'eux, sont censés avoir doté chacun pour moitié (art. 1544, al. 1er et 1438 al. 1er) (2). Nous aurons à insister plus tard sur cette hypothèse, en étudiant la théorie

(1) Mais le contraire peut résulter des termes de la constitution de la dot; Paris, 9 nov. 1903. D. 03.2.541.

(2) V. Dijon, 9 août 1893, S., 94.2.12, D., 94.2.575. Cet arrêt prévoit le cas de constitution de dot solidaire. Nancy, 14 mars 1903. D. 1903. 2. 331.

des récompenses sous le régime de la communauté (1).

220. On rencontre souvent, dans les constitutions de dot faites par les père et mère au profit de leurs enfants, une clause ainsi conçue : « La présente dot s'imputera pour le tout sur la succession du prémourant des constituants », ou bien encore : « La présente dot est constituée pour le tout en avancement d'hoirie sur la succession du prémourant des constituants (2). »

Dire que la dot devra être imputée pour le tout sur la succession du prémourant des époux, c'est dire que la dot sera rapportée tout entière à cette succession, et, par suite, que le prémourant sera considéré comme étant seul donateur, puisque le rapport ne se fait qu'à la succession du donateur (art. 850). On exprime exactement la même idée, quand on dit que la constitution de dot est faite pour le tout en avancement d'hoirie sur la succession du prémourant des constituants. Les deux clauses dont il s'agit, ou plutôt les deux variantes qui viennent d'être rapportées, signifient donc que le prémourant des constituants sera considéré comme ayan constitué seul la dot tout entière et que, par suite, cette dot sera supportée en entier par sa succession : ce qui permet au survivant ainsi dégagé de toute contribution au paiement de la dot, de conserver sa fortune personnelle intacte. Les parents se montreront ainsi plus disposés à doter, puisque chacun d'eux n'aura pas à craindre, en cas de survie, de voir sa fortune personnelle diminuée.

Notre ancien droit autorisait cette clause (3), et c'est sans aucun fondement qu'on chercherait à soutenir qu'elle ne doit pas être considérée comme licite dans notre droit actuel.

221. La clause qui nous occupe, étant traditionnelle, doit être interprétée d'après la tradition.

Pendant la vie des constituants, il est impossible de savoir lequel des deux devra supporter définitivement la dot, puis-

(1) V. *infrà*, I, n. 867 s.

(2) V. *infra*, I, n. 868 *bis*.

(3) Pothier, *Communauté*, n. 650. Cpr. *Introduction au titre XVII de la Coutume d'Orléans*, n. 86. — V. sur l'historique de cette clause Esmein, note dans Sirey, 1900.1 81, col. 2 et 3, 82, col. 1 et 2.

que c'est le prémourant qui sera considéré comme étant seul donateur. Est-ce à dire que l'enfant doté sera obligé d'attendre la mort d'un de ses parents pour demander le paiement de sa dot ? Non. Telle n'a pu être l'intention des constituants. L'enfant doté pourra donc obtenir le paiement de sa dot immédiatement, ou à l'expiration du terme fixé par le contrat. Mais à qui le demandera-t-il ? Si la dot a été constituée solidairement par le père et par la mère, l'un ou l'autre pourra être poursuivi pour le tout. Si la dot a été constituée conjointement, sans expression de solidarité, chacun des constituants pourra être poursuivi pour la portion indiquée au contrat, ou, à défaut d'indication, pour la moitié, sauf règlement ultérieur des droits des constituants, lorsque la condition de survie sera réalisée. Chacun des constituants peut, en effet, être considéré comme donateur d'une moitié sous la condition résolutoire de sa survie, et comme donateur de l'autre moitié sous la condition suspensive de son prédécès. Ajoutons que si les constituants sont mariés sous le régime de la communauté, cette communauté et par suite le mari pourront être poursuivis pour la totalité, sauf récompense s'il y a lieu (1).

Voilà ce qui se passera pendant la vie des constituants. Après le décès de l'un d'eux, ce sera autre chose. Si la dot a été payée tout entière du vivant des constituants et sur les biens de celui qui est prédécédé, tout sera définitivement réglé. Au cas où elle aurait été payée en tout ou en partie par celui qui a survécu, ce dernier aura action contre la succession du prédécédé pour se faire rembourser. Si le paiement de la dot n'est pas encore effectué, l'enfant doté ne pourra le réclamer que contre la succession du prédécédé qui, par l'événement, se trouve être seul débiteur.

Mais il faut prévoir une complication. La succession du prédécédé, ou la part revenant à l'enfant doté dans cette succession est inférieure au montant de la dot : le survivant doit-il le complément ? Par exemple, la dot constituée est de 20.000 francs ; la succession du prédécédé qui revient

(1) Civ. rej., 13 nov. 1882, S., 83.1.289 (note Labbé), D., 83.1.238.

tout entière à l'enfant seul héritier ne contient que 15.000 fr. d'actif net : le survivant doit-il le surplus, soit 5.000 francs en supposant que la dot ne soit pas encore payée ? Tout dépend de la volonté des parties contractantes, qui devra être suivie toutes les fois que les termes de l'acte permettront de la découvrir, comme il arriverait par exemple si la dot a été constituée avec imputation sur la succession du prémourant des constituants et *subsidiairement sur celle du survivant* (1). En l'absence d'une telle explication et par suite dans le doute, il faudrait, ce nous semble, admettre que le survivant n'est aucunement tenu ; car la clause d'imputation sur la succession du prémourant, interprétée suivant la tradition, signifie que chaque époux n'est débiteur que sous la condition résolutoire de sa survie. Alors le survivant ne doit rien (2).

§ II. *Des intérêts de la dot.*

222. Une règle générale, applicable à toutes les libéralités faites à titre de constitution de dot, quel que soit le constituant, consiste en ce que les intérêts de la dot courent de plein droit à compter du jour du mariage (art. 1548 et 1440 *in fine*). S'inspirant des traditions des pays de droit écrit,

(1) Req., 14 déc. 1885, S. 86.1.481 note, D. 86.1.188. — Civ. Cass., 2 mai 1899, D., 1900. 1. 505 (note C. C.), S., 1900. 1. 81, note Esmein (Dans cette note nous sommes présentés par erreur comme ayant refusé, dans notre première édition, toute efficacité au complément de stipulation qui emporte l'imputation subsidiaire de la dot sur la succession du survivant) — V. *infra*, I, n. 868 *bis*. — Rapp. l'hypothèse d'une constitution de dot faite conjointement par l'aïeule et le père, et stipulée imputable sur la succession du *dernier* mourant des donateurs, *J. notariat.* 1897, p. 423 et 545 s. citée *infra*, I, n. 237 note.

(2) Req., 3 juill. 1872, S., 72. 1. 201, note Labbé. — Amiens, 1er déc. 1875, S., 77. 2. 39. — Rapp. Paris, 16 mars 1850, S. 50. 2. 321. — V. aussi et cpr. Tessier, *De la dot*, I, p. 141 s. ; Bellot des Minières, *Traité du contrat de mariage*, I, p. 567, 568, et *Régime dotal*, I, n. 288, 288 *bis:* Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 107 ; Duranton, *op. cit.*, XV, n, 336 ; Marcadé, sur les art. 1438 et 1439, n. 3 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 500, texte et note 15 s., p. 225 s. — Pour l'ancien droit, cpr. Poullain du. Parc, *Principes du droit français*, V. p. 130, n. 165, Pothier, *Introduction au tit. XVII de la cout. d'Orléans*, n. 86.

et même des traditions coutumières (1) qu'il a d'ailleurs développées, — le prêt à intérêt n'étant plus traité avec défaveur, — le législateur n'a pas seulement, ici, dérogé à l'article 1153 portant, depuis la loi du 7 avril 1900, que, dans les obligations qui se bornent au paiement d'une somme d'argent, les intérêts ne sont dus que du jour de la sommation (2). Allant plus loin, il admet un intérêt conventionnel tacite de la dot. Cet intérêt, — ce que ne décidait pas l'ancien droit, — courra bien qu'il y ait terme pour le paiement.

Le motif de cette dérogation au droit commun est une interprétation raisonnable de l'intention des parties. Toute libéralité faite en faveur du mariage est une dot, en ce sens qu'elle est destinée à subvenir aux charges du ménage. Or ces charges commencent dès la célébration du mariage, et comme ce n'est pas à l'aide de prélèvements sur le capital de la dot que les époux doivent vivre, le législateur présume, à moins de clause contraire, que, si elle est frugifère, les fruits doivent, dès le commencement du mariage, appartenir à l'époux. Si la dot consiste dans la promesse d'une somme d'argent, elle devient alors productive d'intérêts à compter du même moment, sauf stipulations contraires.

Quant à ces stipulations, elles s'interpréteraient elles-mêmes dans l'esprit qui a dicté les articles 1548 et 1440. Par suite, la dot à terme, stipulée non productive d'intérêts, en produirait de plein droit après l'échéance du terme, à moins de clause formelle différente (3).

Ajoutons que la stipulation, d'après laquelle la somme promise en dot ne produira pas d'intérêts, peut être virtuelle et résulter du but indiqué. Il en serait ainsi, notamment, dans le cas où la somme constituée en dot devrait rester disponible aux mains du constituant pour payer un

(1) V. Roussilhe, *Traité de la dot* (éd. Sacase), p. 238 s., et Auroux des Pommiers, sur l'article 245 de la coutume de Bourbonnais, n. 15 et 16.

(2) Avant cette loi du 7 avril 1900, l'article 1153 exigeait une demande en justice pour faire courir les intérêts.

(3) Poitiers, 28 mars 1860, D., 60. 2. 168.

office ministériel, dès qu'il serait acquis par le mari (1).

Ceci posé, on considère généralement que le constituant ne doit ni fruits ni intérêts, si le bien donné est un corps certain non frugifère, s'il s'agit de meubles meublants ou d'une créance sur un tiers non productive d'intérêts (2). Laurent (3) a seul prétendu qu'il fallait appliquer à la lettre les articles 1440 et 1548, et toujours obliger le constituant à payer l'intérêt légal de la valeur constituée en dot, sans distinguer entre les dots de choses fongibles et celles de corps certains, meubles ou immeubles.

223. En tout cas, comme les articles 1548 et 1440 sont fondés sur l'équité, il faut permettre au constituant d'imputer sur les fruits ou intérêts de la dot, qu'il doit à l'époux donataire, les dépenses qu'il fait en entretenant les époux dans sa maison (4).

224. Il est à peine besoin d'ajouter que, malgré la faveur dont la dot est entourée, les intérêts qu'elle produit n'échappent point à la prescription quinquennale de l'article 2277 (5).

Enfin, il est admis traditionnellement que les intérêts non perçus par le mari durant le mariage ne peuvent être réclamés tardivement après sa dissolution. Il y a lieu ici à une appréciation équitable des tribunaux (6).

§ III. *De la garantie de la dot.*

225. Une règle, non moins étendue que la précédente et applicable aussi dans le silence du contrat, sans distinguer selon que le constituant est ou non parent des époux, con-

(1) Rouen, 22 juill. 1863, S., 64. 2. 108.

(2) Tessier, *De la dot*, I, p. 166 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 128 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 500, p. 227 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 167, 168 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 9 et 431.

(3) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 181.

(4) Despeisses, I, p. 483, *Titre de la dot*, sect. II, n. 19 ; Tessier, *De la dot*, I, p. 165 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 129.

(5) Toulouse, 14 déc. 1850, S., 50.2.102 (et les renvois). — Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 131 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 500, texte et note 25, p. 227-228 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 784 (2e édit., p. 513 s.) — V. cep. Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 183 et XXXII, n. 452.

(6) Aix, 21 mars 1898, *France judiciaire*, 1898-2-231. Roussilhe, *op. cit.*, n. 319, p. 242 ; Duranton, *op. cit.*, XV, n. 383 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 169.

siste à dire qu'il est dû garantie de la dot en cas d'éviction (art. 1440 et 1547). Il y a là une dérogation à la règle d'après laquelle le donateur n'est tenu de la garantie qu'en vertu d'une clause expresse. Dans notre cas, au contraire, l'obligation de garantie devient la règle ; elle existe en vertu d'une convention que sous-entend le législateur (1).

Cette dérogation au droit commun se comprend d'ailleurs aisément. Le mariage se concluant, en effet, sur la foi des avantages qui sont assurés aux époux en vue de leur union, et la dot avec ses revenus entrant évidemment dans les prévisions du budget du futur ménage, il a dû être dans la commune intention des parties que le constituant s'obligeât à la garantie, sans laquelle la constitution de dot pouvait n'être qu'un leurre. Point n'est besoin pour cela de supposer que le législateur a cru voir, dans la constitution de dot, un acte à titre onéreux, puisque, dans une donation ordinaire, le donateur, de plein droit garant de son fait personnel, peut en outre s'obliger expressément à la garantie pour tous les cas d'éviction (2).

226. Cette garantie, observons-le, n'est pas limitée à la durée du mariage ; elle peut être invoquée après sa dissolution par le donataire ou par ses héritiers. Rodière et Pont en avaient seuls douté à l'origine ; mais, dans leur seconde édition, ils se sont ralliés à l'opinion commune (3).

227. D'autre part, la garantie n'est point subordonnée à la condition que la donation ait été faite par contrat de mariage. Il faut, mais il suffit qu'elle soit intervenue en faveur du mariage, qu'elle soit, en un mot, une constitution de dot (4).

228. Quant à l'étendue de la garantie, le principe en a été nettement posé en ces termes par Domat : « Ceux qui constituent une dot sont obligés à la *garantie des fonds donnés*,

(1) Pour l'historique de la garantie de la dot, V. Gérardin, *Nouvelle Rev. historique*, 1896, p. 5 s.

(2) V. note sous Dijon, 11 fév. 1887, S., 88.2.86. Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 184 185 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 161. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Traité des donations*, I, n. 1344 s.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 112 et note 2, p. 93.

(4) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 113.

des *dettes cédées* et des *autres choses*, selon qu'il est *convenu*, ou selon *les règles de la garantie* que doivent ceux qui *vendent ou transportent* (1). »

En somme, si la garantie et ses effets ont été réglés dans la constitution de dot, la convention fait la loi des parties. C'est ainsi que le montant de l'indemnité due au donataire évincé peut avoir été fixé d'avance par l'estimation de l'immeuble donné, faite dans le contrat de mariage. Les juges auront à rechercher, en fait, quelle a été l'intention des parties (2).

Dans le silence du contrat de constitution de dot, le constituant est alors tenu de la même garantie qu'un vendeur ou un cédant. On appliquera les articles 1626 s. d'une part, et les articles 1693 à 1696 d'autre part, en tant, du moins, qu'ils sont compatibles avec l'absence de prix et la nature même de la donation.

Celui qui a constitué la dot n'est donc tenu, dans le silence du contrat, qu'à garantir l'existence de la créance au moment où il la cède (art. 1693) ou à garantir sa qualité d'héritier, s'il fait une donation de droits successifs (art. 1696). S'il vient à encourir la garantie, il devra payer une indemnité égale au préjudice éprouvé par le donataire lors de l'éviction.

Il en sera de même si le bien dont le donataire est évincé est un objet corporel, meuble ou immeuble. Le donateur lui devra une somme égale à la valeur de cet objet au moment où l'éviction a eu lieu.

L'obligation d'indemniser le donataire évincé sera réglée d'après les mêmes principes, lorsque l'éviction est partielle.

229. Mais la garantie s'étend-elle aux défauts cachés du bien constitué en dot ? Si l'on observe que le législateur soumet le donateur à la garantie sans la limiter au cas d'éviction totale ou partielle, et si l'on remarque, d'autre part, que la théorie traditionnelle, si bien résumée par Domat, assimile, à ce point de vue, le donateur à un vendeur, on abou-

(1) Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. IX, section II, n. 14 (édit. Rémy, I, p. 289).

(2) Cpr. Seriziat, *Traité du régime dotal*, n. 50 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, § 633, n. 11.

tit à cette conclusion, à savoir que celui qui a constitué la dot doit la garantie avec l'étendue que lui donne l'article 1625 (1).

230. En se reportant aux articles 1440, 1547 et 1548, on peut constater que la généralité des termes employés par ces textes confond la constitution de dot définie par l'article 1540, contrat à titre onéreux entre la femme et le mari, et la constitution de dot, libéralité en faveur du mariage faite par un tiers à l'un des époux. Il faut par suite étendre l'obligation de garantie à la constitution de dot consentie par la femme au mari. D'ailleurs ce contrat à titre onéreux, sorte de dation en paiement, a plus d'analogie avec la vente qu'une donation en faveur du mariage. Il est donc plus naturel encore d'y sous-entendre l'obligation de garantie. En conséquence, la femme sera tenue de la garantie vis-à-vis de son mari, mais seulement, ajoutons-le, quand elle se sera constitué en dot des biens à titre particulier. La constitution de dot universelle ou à titre universel est exclusive, en effet, de l'obligation de garantie. Ainsi le mari ne pourrait pas demander une indemnité à sa femme, en raison de l'éviction d'un immeuble non spécialement désigné au contrat, car la femme répondrait victorieusement que, en se constituant en dot tous ses immeubles ou une quote-part de ses immeubles, elle n'a entendu comprendre dans cette constitution que les droits immobiliers qui lui appartenaient effectivement.

231. Quoi qu'il en soit, les mêmes raisons qui obligent la femme à garantir la dot dans les termes ainsi précisés, la rendent aussi débitrice des intérêts envers son mari à compter du jour du mariage. Les articles 1440, 1547 et 1548 s'appliquent, en effet, à toute espèce de dot, quel qu'en soit le

(1) Req., 4 juill. 1899, D., 1900. 1.206. — Marcadé, sur l'art. 1440; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 121 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 165. — Un arrêt de la cour de Dijon du 11 fév. 1887 admet la garantie fondée sur l'éviction, pour la cas d'une hypothèque constituée par le donateur avant la transcription de la donation, S., 88.2.86, D., 88.2.42. — *Contra* Massé et Vergé sur Zachariæ, § 633, note 11 ; Aubry et Rau semblent, d'autre part, limiter la garantie au cas d'éviction, *op. cit.*, V, § 500, texte et note 26, p. 228.

bénéficiaire ou le donateur. A plus forte raison, en est-il de même quand les deux contrats de constitution de dot concourent, et que la dot donnée par un tiers à la femme est, par elle, remise au mari pour subvenir aux dépenses du ménage.

232. Rodière et Pont (1) se demandent si l'auteur d'une constitution de dot ne jouit pas, conformément au droit romain, du bénéfice de compétence, c'est-à-dire de la faveur d'échapper à l'action du donataire, s'il n'a plus que ce qu'il faut strictement pour vivre. L'affirmative leur paraît résulter de l'article 955, 3e alinéa, obligeant le donataire à fournir des aliments au donateur tombé dans le besoin. On pourrait objecter toutefois que le législateur, ayant déclaré que les donations en faveur du mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude (art. 959), les a, par suite, soustraites à l'application de l'article 955. Mais cette conclusion serait exagérée, à notre avis, et, de ce que l'une des sanctions de l'obligation alimentaire disparaît, il n'en faut point conclure à la suppression totale de cette obligation. Le donataire pourra donc, selon nous, agir contre le donateur ; mais ce dernier, de son côté, pourra lui demander une pension alimentaire. Il importe, en effet, de noter qu'il ne suffit pas que le donateur soit dans le besoin pour que le donataire soit tenu de lui procurer des aliments. Il faut, de plus, la constatation en justice que ces aliments sont dus par le donataire et la détermination par le magistrat de la mesure dans laquelle ils sont dus.

§ IV. *Du rapport de la dot et de la réduction.*

233. Les constitutions de dot ou donations faites en faveur du mariage, bien que par l'obligation de garantie elles se rapprochent en fait des contrats à titre onéreux, n'en sont pas moins des libéralités, réductibles à la quotité disponible si elles l'excèdent, et sujettes à rapport si elles n'en ont pas été dispensées.

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 122.

Par l'article 1090, le législateur les soumet expressément à la réduction. Il se contente, à ce sujet, de renvoyer au droit commun (art. 913 à 930 et 1094 à 1098).

L'article 1573, en matière de rapport, déroge, au contraire, aux principes généraux formulés par les articles 843 et suivants.

234. Cet article 1573 pose et résout, quant au régime dotal, la question que voici : Si la dot est perdue ou compromise par l'imprudence du père qui l'a versée à un gendre insolvable, la fille doit-elle rapporter à la succession paternelle la valeur nominale de cette dot, ou seulement l'action qu'elle a contre son mari ? Le texte décide que la perte sera pour la succession de l'ascendant, du moins si l'imprudence de ce dernier est bien caractérisée par cette double circonstance : que le mari était déjà insolvable, et qu'il n'avait ni art, ni profession lors de la constitution de dot (1). Voici d'ailleurs l'article 1573 : « *Si le mari était déjà insolvable, et n'avait ni art ni profession lorsque le père a constitué une dot à sa fille, celle-ci ne sera tenue de rapporter à la succession du père que l'action qu'elle a contre celle de son mari, pour s'en faire rembourser. Mais si le mari n'est devenu insolvable que depuis le mariage, ou s'il avait un métier ou une profession qui lui tenait lieu de bien, la perte de la dot tombe uniquement sur la femme.* »

On peut dire que cet article, en consacrant la solution la plus favorable à la fille dotée, donne aussi la plus équitable. Il est difficile, toutefois, de ne pas reconnaître le caractère exceptionnel de cette disposition qui déroge à la règle de l'article 849. Il résulte, en effet, de ce dernier texte, que la dot reçue par un conjoint doit être rapportée *intégralement* à la succession du donateur, quel qu'ait été le sort du bien donné. Et d'ailleurs il est aisé de prouver que c'est bien à titre d'exception, limitée à la fille mariée sous le régime dotal, que les rédacteurs du code ont admis l'article 1573. En effet, cette disposition, qui a son origine

(1) Riom, 16 mars 1832, D., 83. 2. 35. — V. cep. Req., 4 juill. 1899, D.,1900 1. 206 (note).

dans la Novelle 97 (Auth., *Quod locum*, L. 5, *Cod.*, *de collationibus*), ne se trouvait pas dans le projet de code civil. Elle n'y a été introduite que lorsque, pour donner satisfaction aux défenseurs du droit écrit, un chapitre particulier a été affecté au régime dotal. Or, les jurisconsultes coutumiers n'avaient jamais admis l'application de la Novelle 97, ni au régime de communauté, ni au régime exclusif de communauté. Il n'est donc pas étonnant que presque tous les auteurs considèrent l'article 1573 comme exceptionnel (1). Vazeille et Delvincourt (2) ont seuls voulu le généraliser. Quant à Rodière et Pont (3), ils ont tenté de faire une distinction, universellement combattue, qui n'aurait écarté l'article 1573 que lorsque les époux sont mariés sous un régime de communauté plus large que la communauté d'acquêts, c'est-à-dire lorsque, la dot devenant commune, la femme perd cette dot en renonçant à la communauté. Interpréter ainsi la loi, c'est lui donner un sens qui ne résulte, ni de la pensée du législateur, ni de la place occupée dans le code civil par l'article 1573. Mais la solution par nous admise avec la majorité des interprètes ne fait point obstacle à ce que le mari puisse être déclaré responsable de la dot constituée à sa femme commune en biens, quoiqu'il ne l'ait point touchée, s'il est établi en fait que c'est par sa faute qu'elle ne lui a pas été payée (4). Nous sommes alors en dehors des termes de la disposition exceptionnelle de l'article 1573.

Les auteurs qui l'appliquent seulement au régime dotal, comme nous le faisons, ne sont pas toujours d'accord sur la portée qu'il convient de lui reconnaître (5). Il en est qui

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Tr. des succ.*, III, 2e édit., n. 2710, 2744, 2932.

(2) Vazeille, *Des succ.*, sur l'art. 850 ; Delvincourt, *Cours de code civil*, II, p. 41 du texte et p. 121 des notes (note 2 de la page 41).

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 137.

(4) Civ. rej., 19 janv. 1863, S., 63. 1. 187, D., 63. 1. 86. — Req. 4 juill. 1899 ; D., 1900. 1.206, S, 1903. 1. 323. — Cpr. *infra*, III, n. 1888.

(5) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 135; Marcadé, *op. cit.*, VI, art. 1573, n. 1 ; Aubry et Rau, *op. cit*, V. § 540, texte et note 55, p. 637 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 184; Planiol, *op. cit.*, III. 2e édit. n. 877.

appliquent l'article 1573, peu importe que la dot ait été constituée en meubles ou en immeubles, car, disent-ils, la loi ne fait pas de distinction. Il semble, cependant, à certains d'entre eux (1), que la femme ne serait pas dispensée de rapporter la valeur des immeubles dotaux dont le contrat de mariage n'avait permis l'aliénation que sous la condition de son consentement, et à l'aliénation desquels elle aurait concouru. Quant à nous, considérant, avec Demolombe (2), que le motif essentiel de l'article 1573, lorsqu'il met la perte de la dot à la charge de la succession du constituant, est que cette perte a été le résultat direct de l'imprudence de ce constituant lui-même, nous prétendons que cette condition, qui peut se réaliser quand la dot est mobilière, ne se présente pas, au contraire, lorsqu'elle consiste en immeubles. La femme peut, en effet, veiller à la conservation de la dot immobilière livrée au mari. Si la perte ou la dépréciation de cette dot se produisent par la suite, on ne peut pas dire que ce soit par le fait du constituant. Au surplus, les mots : « *insolvable...*, *perte de la dot* », qu'emploie l'article 1573, paraissent bien impliquer l'idée d'une créance, comme les autres mots « *pour s'en faire rembourser* » dont il se sert.

235. L'article 1573 ne parle que de la dot constituée par le père. Faut-il s'en tenir rigoureusement à cette hypothèse? Non, à notre avis, et nous appliquerons ce texte à la dot constituée par la mère. Il semble, en effet, que, par la disposition qu'il édicte, le législateur ait eu en vue le maintien de l'égalité entre les descendants (3). Mais nous n'oublions pas, pour cela, le caractère exceptionnel de la disposition qui nous occupe. Nous n'en étendrons point l'application au cas où la dot a été constituée par un oncle ou par toute autre personne qu'un ascendant (4). Nos anciens juriscon-

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 135 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 184.

(2) Demolombe, *op. cit* , XVI, n. 214.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 136 ; Demolombe, *op. cit.*, XVI, n. 211 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 185. — *Contra* Bellot des Minières, *Régime dotal*, n. 2570; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 245 *bis*.

(4) Demolombe, *op. cit.*, XVI, n. 211; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 185.

sultes (1) avaient, en effet, rattaché cette question à la règle d'après laquelle le père est obligé de doter un enfant ou même de le *redoter*, s'il ne l'a pas doté utilement, principe particulier aux pays de droit écrit. N'est-ce pas une preuve que notre texte concerne seulement les père et mère, c'est-à-dire ceux sur lesquels pèse l'obligation naturelle de doter (art. 203-204) ? Tout au plus pourrait-on soutenir que l'article 1573 serait applicable au cas où la dot a été constituée par un aïeul.

236. Enfin, Rodière et Pont (2), supposant la dot remise à un incapable, ne le déclarent tenu de la rendre que dans la mesure du profit par lui retiré. Cette solution est vraie sous tous les régimes matrimoniaux, puisqu'elle découle du droit commun (art. 1312). Il importera seulement de bien examiner, en fait, et également d'après les principes généraux complétés par l'article 1398, si la dot a été remise à un incapable. Cette hypothèse semble d'ailleurs peu réalisable.

237. Nous ne saurions évidemment traiter, ici, toutes les questions que soulève le rapport de la dot.

Par exemple, — pour éviter des redites, — nous n'examinerons pas maintenant la question de savoir quel est le véritable auteur de la constitution de dot, lorsqu'elle est faite par les père et mère ou par l'un d'eux. Nous retrouverons cette question dans l'étude des récompenses (3). Pour le moment, bornons-nous à répondre que la dot est rapportable à la succession de celui ou de ceux qui ont parlé à la constitution de dot, et qu'il y a lieu de la faire figurer dans la liquidation de la même succession pour savoir, après l'avoir imputée conformément au droit commun, si elle excède le droit de disposition du donateur. Tantôt elle sera imputée, moitié sur la succession paternelle, moitié sur la succession maternelle, tantôt sur une seule de ces deux successions, tantôt sur la succession du prémourant, et pour le surplus seulement sur celle du survivant (4).

(1) Bretonnier sur Henrys, II, livre IV, question 53, p. 379.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 133. — V. aussi Guillouard, *op. cit.*, I, n. 181.

(3) V. *infra*, I, n. 865 s.

(4) Rapp. J. Seine, 1er mai 1897, *Journal du notariat*, 1897, p. 423 et p. 545

238. D'autre part, nous nous contentons de nous référer au droit commun à beaucoup de points de vue.

Par exemple, l'époux à qui a été faite, à titre d'avancement d'hoirie, la promesse d'une somme d'argent, mais qui a reçu en paiement un immeuble, est-il tenu du rapport en nature de cet immeuble, ou seulement du rapport en moins prenant de la somme d'argent ? Nous dirons que cette dernière solution est la seule vraie, car la libéralité rapportable a eu pour objet une somme d'argent, et il importe peu qu'il y ait eu des transformations ultérieures de cette valeur dans le patrimoine du donataire. Que la dation en paiement doive s'analyser en une vente suivie de compensation, ou en une novation par changement d'objet : elle n'est qu'un mode d'exécution de la libéralité et non un changement, — d'ailleurs légalement impossible, — de la constitution de dot (1).

239. On a prétendu, parfois, que l'inaliénabilité dotale restreignait l'obligation du rapport, en ce sens que la femme dotée, en acceptant la succession du donateur, ne pouvait pas s'engager à rapporter plus que sa part dans la masse partageable (2). Mais on a répondu, avec raison à notre avis, que la femme dotale, qui a régulièrement pris la qualité d'héritière acceptante, doit subir les effets légaux de cette acceptation. L'obligation du rapport est, à l'égard des donations qui lui ont été faites à titre d'avancement d'hoirie, la conséquence d'une condition résolutoire sous-entendue dans la donation elle-même (3).

(art Houpin), hypothèse intéressante d'une donation faite par l'aïeule à sa petite-fille avec stipulation que la dot ainsi constituée serait imputable sur la succession future du père de l'enfant doté ; cette clause n'est-elle pas nulle comme pacte sur succession future ? C'est en ce sens qu'a répondu le tribunal. V. aussi Orléans, 21 déc. 1882, *J. notariat*, art. 22.927 et art. Houpin 1886, p. 5 s.

(1) Req., 4 août 1852, S., 52. 1. 631, D., 52. 1. 193.

(2) Guillouard, *op. cit.*, IV, n. 1863.

(3) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité des successions*, III, 1re édit. n. 3798, 2e édit., n. 2932. — V. *infra*, III, n. 1659.

§ V. *Aperçu de doctrine et de jurisprudence sur l'exercice de l'action paulienne contre la constitution de dot.*

240. La dernière question qu'il nous reste à résoudre à l'occasion de cette théorie générale de la dot, est celle de savoir quelle est la nature juridique exacte de la constitution de dot. Est-ce un contrat à titre gratuit ? Cette constitution ne doit-elle pas, à certains égards, par exemple quand il s'agit de la soumettre à l'action paulienne, être traitée comme un acte à titre onéreux ? Ne peut-elle être révoquée que si l'époux donataire ou même les deux époux savaient, lors de leur contrat de mariage, que le constituant agissait en fraude de ses créanciers (art. 1167 C. civ., art. 446 et 447 C. com.) ?

241. La question n'est pas nouvelle. Le cas est prévu par la Loi 25, § 1er au Digeste, liv. XLII, tit. 8 ; et les textes du droit romain laissent, à ce point de vue, place aux doutes et aux difficultés.

Notre ancien droit jette peu de lumière sur la controverse. Les anciens jurisconsultes (1) disaient volontiers, toutefois, que « la dot n'est pas un don gratuit », que « les donations en faveur du mariage des enfants sont d'une nature bien différente des autres ». Par suite, on les soustrayait aisément à la nécessité d'une insinuation pour les rendre inattaquables au regard « des créanciers postérieurs » (2). Remarquons, cependant, — et il en est de même aujourd'hui aux termes des articles 959 et 960 du Code civil, — que si la constitution de dot ne pouvait être révoquée pour cause d'ingratitude, elle pouvait l'être pour survenance d'enfant (3).

242. Quoi qu'il en soit, il va sans dire qu'il n'y aurait

(1) Furgole, *Testaments*, chap. XI, sect. I, n 20, *Œuvres de Furgole* (édit. 1776, IV, p. 279 ; Ricard, *Donations*, I, p. 621-622. V. aussi Furgole, *Donat.*, question 48, n. 6 ; « Le mari tient la dot de la femme et non du constituant. »

(2) *J. Pal.* (édit. 1737), I, p. 431 et 665.

(3) *J. Pal.* (édit. 1737), I, p. 637 et 434.

aucune difficulté à qualifier contrat à titre onéreux la constitution de dot intervenant entre la femme et le mari, dans les termes de l'article 1540. La femme abandonne à son mari la jouissance de sa dot, et, en retour, le mari s'oblige envers elle à supporter les charges du ménage. La femme acquitte ainsi sa part des dépenses communes.

De ce que cette constitution de dot est un acte à titre onéreux, il résulte que, si elle a été faite par la femme en fraude des droits de ses créanciers, ceux-ci ne pourront en obtenir la révocation qu'à la condition de prouver que le mari a été complice de la fraude.

243. Mais très différente est la donation en faveur du mariage faite par une personne autre que la femme. Elle est une donation vis-à-vis du constituant. A ce titre, elle est rapportable, réductible, révocable pour cause de survenance d'enfant (art. 960).

Il convient, ici, d'écarter d'abord une distinction qui, ce semble, préoccupait déjà nos anciens jurisconsultes. Il faut observer qu'il importe peu que le constituant soit le père ou la mère, ou bien toute autre personne parente ou non parente. L'obligation naturelle qui pèse sur les père et mère de doter leurs enfants n'existe, en effet, que dans la mesure de leurs ressources. Si le père, atteint d'une insolvabilité que lui seul connaît, dote son enfant, il dépouille sciemment ses créanciers. Loin d'acquitter une obligation naturelle, il manque à ses engagements envers ses créanciers en détournant leur gage. Il commet un acte répréhensible aux yeux du législateur comme du moraliste.

Il reste donc vrai que toute donation en faveur de mariage est une libéralité (1).

Ceci posé, il semble logique d'analyser la constitution de dot en un double contrat : l'un, exprès, qui intervient entre le constituant donateur et la femme donataire; l'autre, tacite, qui a lieu entre la femme et le mari. Mais de ce que ce dernier contrat est à titre onéreux, pourquoi conclure

(1) V. dans S., 86. 1. 481, la note, même page, et les citations du rapport de M. le conseiller Voisin.

qu'il en est de même du premier, lequel contient une véritable libéralité rapportable, réductible, révocable pour inexécution des conditions ou pour survenance d'enfant ? Pourquoi ne pas les distinguer et appliquer à chacun d'eux les règles du droit commun ?

Ce système conduit aux solutions suivantes :

1° Si la donation faite en faveur du mariage à la future épouse est annulée, rescindée ou résolue pour une cause personnelle à la femme, celle-ci perd tous ses droits sur les biens donnés, et les droits qu'elle a constitués au profit de son mari sur ces mêmes biens tombent, d'après la règle : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (argument de l'art. 865). On admet assez volontiers cette solution ; mais on conteste la suivante :

2° La révocation de la donation pour cause de fraude aux droits des créanciers sera obtenue contre la femme, quelle que soit sa bonne foi, dès qu'il sera prouvé que le donateur n'a pas pu ignorer qu'il dépouillait ses créanciers plutôt que lui-même. Mais les créanciers devront respecter les droits du mari sur les biens constitués en dot, à moins de prouver que le mari a été complice de la fraude. Le mari est, en effet, un sous-acquéreur à titre onéreux, et il a le droit d'être traité comme tel (1).

Cette doctrine, qui était celle de nos anciens jurisconsultes et, à notre avis, celle du droit romain, est cependant très vivement contestée à notre époque. Elle est répudiée par la cour de cassation et la majorité des cours d'appel.

244. On considère que, vis-à-vis de la femme elle-même, la constitution de dot est à titre onéreux, qu'elle forme non pas deux contrats, mais une opération juridique une et indivisible. On va même jusqu'à décider qu'il en est ainsi de la constitution de dot faite au profit du mari, et que toute libéralité en faveur du mariage, qu'elle s'adresse au mari ou à la femme, l'est en réalité à la famille présente et future, de

(1) V. en ce sens le rapport de Troplong joint à l'arrêt de la Chambre des requêtes de la cour de cassation du 23 juin 1843 dans Sirey, 43.1.114. — Aubry et Rau, *op. cit*, IV, § 313, note 27, p. 139 ; Demolombe, *op. cit.*, XXV, n. 212. 213 ; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, II, sur l'art. 1167, n. 34.

telle sorte qu'elle doit être, dans l'exercice de l'action paulienne, traitée comme un acte à titre onéreux.

Quoiqu'on puisse se faire peu d'illusion sur le sort de protestations dirigées contre une jurisprudence qui date du milieu du XIX^e^ siècle, nous ne pouvons nous empêcher, entraînés par d'illustres exemples, de réclamer au nom du droit et de l'équité (1).

En droit, on invoque d'abord les derniers mots de l'article 1167, renvoyant aux règles prescrites au titre des successions et du contrat de mariage. Mais tout le monde sait que ces règles se bornent à des dispositions telles que celles de l'article 882 en matière de partage de succession ou de communauté, de l'article 1447 relatif à la séparation de biens, de l'article 1464 et de l'article 788, qui autorisent l'action révocatoire contre les renonciations à communauté ou à succession.

Mais, a-t-on dit, les donations en faveur du mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude. Notre réponse à cette objection est fournie par l'article 959 lui-même. Il prouve d'abord que les donations en faveur du mariage sont de vraies donations. Il l'établit par son langage; il le prouve en les dispensant expressément d'un cas de révocation, auquel elles échappaient déjà dans l'ancien droit. Or, l'ancien droit n'hésitait pas à les traiter comme de véritables donations, quand il s'agissait de déterminer, à leur égard, les conditions d'admission de l'action paulienne.

La cour de cassation a cru trouver un meilleur argument dans les articles 1440 et 1547, en constatant que la constitution de dot oblige le constituant à la garantie. Or, dit-on, il n'y a pas de texte qui oblige le donateur à la garantie, tandis que la garantie est un effet normal des contrats à titre onéreux (art. 1626). « La garantie répugne aux dispositions purement gratuites. » Nous ne pouvons que regretter la présence d'une semblable formule dans l'arrêt de la cour suprême, en date du 2 mars 1847 (2), cassant un arrêt de la cour de Riom. Est-il besoin de démontrer que la garantie

(1) Labbé, Note dans Sirey. 87. 1. 97.
(2) Civ. cass., 2 mars 1847, S., 47. 1. 186.

n'a rien d'incompatible avec la donation ; que si elle n'y est pas sous-entendue d'ordinaire, elle peut y être stipulée et que l'on comprend qu'elle existe tacitement dans les donations en faveur du mariage, le donateur devant être présumé avoir voulu doter si énergiquement que, s'il avait su n'être pas propriétaire du bien constitué en dot, il en aurait donné un autre ?

Quant à l'espèce d'indivisibilité qu'on a voulu à tout prix rencontrer dans la constitution de dot, elle se réduit à soutenir que le constituant a gratifié le mari et la femme, et même les enfants à naître. « C'est un pacte de famille immuable », lisons-nous dans un arrêt du 18 janvier 1887 (1). Ainsi le père de famille, le notaire qui, comme on l'a vu dans une affaire, prend dans son actif 300.000 francs appartenant à ses créanciers, et s'en sert pour doter son fils, fait un acte à titre onéreux dans lequel il a pour co-contractants son fils et sa bru. C'est un marché qu'il fait avec l'un et l'autre ; l'un et l'autre font un marché avec lui : donnant donnant. Et l'on insiste : oui, dit-on, les constitutions de dot sont des *donations à titre onéreux* (2). Puis, pour employer un langage plus juridique, la cour de cassation se hâte d'ajouter que ce sont de *véritables contrats à titre onéreux* (3). En effet, prétend-on, les futurs époux ne reçoivent la dot que parce qu'ils assument les charges qu'entraîne la fondation d'une nouvelle famille : il faudra vivre, élever les enfants, puis les établir. A ce compte, il faudrait admettre aussi que le fils ou le neveu donataire d'une somme de 100.000 francs pour traiter d'une étude de notaire, par exemple, fait un acte à titre onéreux, et que l'action paulienne ne procèdera bien contre lui que s'il est complice de la fraude.

On pourrait, peut-être, argumenter d'un arrêt de la cham-

(1) Civ. rej., 18 janvier 1887, S., 87. 1. 257.

(2) Paris, 3 janv. 1845, S., 45 2. 129.

(3) Civ. cas., 14 mars 1848, S., 48. 1. 376, D., 48.1.60. — V. aussi Civ. rej., 23 juin 1847. S., 47. 1. 817 (note), D., 47. 1. 241. — Req., 11 nov. 1878, D.,79. 1. 416. — Civ. cass., 18 déc. 1895, S., 96. 1. 72, D., 98. 1. 193, (note Sarrut).— Paris, 9 juill. 1895, S., 98. 2. 17.

bre civile de la cour suprême, qualifiant de convention à titre onéreux, non astreinte aux formalités des donations, l'abandon à une commune d'un terrain pour y construire une église. La cession, dit la cour de cassation, a été consentie principalement en vue d'avantages équivalents, qu'on attendait de la construction projetée et, notamment, de la perspective de la plus-value que devaient acquérir d'autres terrains appartenant au cédant (1). Mais, sans doute, la cour de cassation, qui peut-être a rendu là un arrêt d'espèce touchant à des intérêts administratifs et collectifs, serait allée jusqu'au bout et aurait admis les conséquences logiques de sa thèse. Après avoir dispensé cette cession des formalités des donations, elle se garderait bien apparemment de l'imputer, comme donation, sur la quotité disponible du cédant, ou de la déclarer de plein droit révoquée par la survenance d'un enfant, tandis que les constitutions de dot doivent, à tous les points de vue autres que celui de l'action paulienne, être traitées comme des libéralités. A quoi bon fausser ainsi la distinction des actes à titre onéreux et des actes à titre gratuit ? Pourquoi ne pas dire, avec franchise, que, parmi les donations, quelques-unes, plus favorables, ne sont révoquées que si les donataires sont complices de la fraude du donateur ?

Il est vrai que la théorie réduite à ces proportions manque de base juridique. Comme le remarque très bien Labbé: « l'action révocatoire pour cause de fraude ne s'arrêtait jusqu'ici que devant les droits acquis à des tiers à titre onéreux et de bonne foi. Elle change de nature et s'arrêtera désormais devant des intérêts, même des éventualités (2). » Ou bien, comme l'observe justement la cour de Paris, dans un arrêt du 27 juillet 1894 (3), arguer ainsi de l'intérêt de la famille et de l'immutabilité des conventions matrimoniales, c'est prétendre au maintien, dans le patrimoine des

(1) Civ. cass., 19 juill. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 214.

(2) Labbé, Note dans S., 87. 1. 97.

(3) Paris, 27 juill. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 476, S., 95. 2. 158. — Cet arrêt a été cassé par la cour suprême le 18 décembre 1895, mais la cour d'Orléans, sur le renvoi, a statué dans le même sens que la cour de Paris par arrêt du 8 juin 1898, S., 98. 2. 309.

époux, de tous les biens d'origine frauduleuse qui s'y trouvent lors du mariage.

En morale, la thèse de la cour de cassation ne nous semble pas mieux fondée. A moins d'élever les mariages d'argent à la hauteur d'une institution fondamentale de la société moderne, quelle conscience ne se révolterait pas à la pensée du maintien d'une libéralité faite, à la veille de la faillite, par un commerçant, qui dote d'autant plus largement son fils ou sa fille, qu'il pense profiter lui-même de la spoliation de ses créanciers ? Et cet argent détourné par le père, l'enfant sera-t-il donc autorisé à le garder sur cette seule excuse qu'il ne le savait pas volé quand il l'a reçu ? Cet argent en est-il moins l'argent d'autrui, l'argent des créanciers ?

Ces raisons sont si puissantes que l'on conçoit que certains jurisconsultes hésitent et proposent, à tort à notre avis, des distinctions (1). La cour de cassation, elle, nous paraît logique

(1) On propose parfois la distinction que voici : on soutient que la constitution de dot doit être traitée comme un acte à titre onéreux pour l'application de l'art. 1167 du Code civil, c'est-à-dire de l'action paulienne, tandis que cette constitution de dot devrait être envisagée comme un acte à titre gratuit au regard de la faillite et de la mise en œuvre des art. 446 et 447 du Code de commerce. Au point de vue de l'action paulienne, dit-on, pour savoir si un acte est à titre gratuit ou onéreux, il ne faut pas rechercher si celui qui a fait cet acte a reçu ou non un équivalent de ce qu'il donnait. Ce qu'il faut considérer, c'est si celui qui acquiert fait ou non une acquisition sans charges. Cela résulte de l'ensemble des textes du Digeste et notamment de la L. 25, liv. XLII, tit. 8. Il convient donc de se placer au point de vue, non pas de celui qui a aliéné, mais de celui qui a acquis. Les art. 1105 et 1106 du Code civil, en tant qu'ils définissent l'acte à titre onéreux et l'acte à titre gratuit, doivent être laissés de côté pour expliquer l'art. 1167. Puisque l'acquisition à titre de constitution de dot comporte des charges, il ne serait pas juste d'en enlever le bénéfice à ceux qui ont dû compter sur cette dot pour subvenir aux dépenses du ménage, s'ils ne sont pas complices de la fraude. Au contraire, dans les art. 446 et 447 du Code de commerce, le législateur a voulu frapper les actes par lesquels on dépouille la masse des créanciers de la faillite. Les actes ainsi visés par la loi sont précisément ceux qui vont enlever une partie de l'actif sans compensation. Ceci conduit par conséquent à définir l'acte à titre gratuit d'après les art. 1105 et 1106 du Code civil. Le caractère à titre gratuit de l'acte s'examine, non plus du côté de celui qui a acquis du failli, mais il s'envisage au point de vue de ce failli lui-même. Quelques partisans de ce système ont ajouté qu'entendre autrement l'art. 446 C. comm., c'est lui enlever presque toute son utilité. Nous sommes loin de protester contre les raisons que l'on ajoute à l'appui de notre opinion

dans son erreur. Elle a dû aller jusqu'au bout, et décider que les créanciers spoliés n'obtiendront la révocation que s'ils prouvent la complicité de l'enfant doté et de son conjoint. Mais on a malicieusement fait observer que la constitution de dot, conférant des droits à la famille tout entière, la révocation ne sera possible que si la complicité s'est étendue aux enfants à naître eux-mêmes. Certes, sans cette exagération, les constitutions de dot seront suffisamment protégées. Il est clair que pas une action paulienne n'aura chance de réussir contre elles, car il n'est pas vraisemblable que l'enfant doté aille faire confidence à son futur conjoint de la ruine de sa famille. Voilà bien les constitutions de dot devenues parties intégrantes « du contrat de mariage, ce pacte de famille immuable de sa nature (1). »

Mais, nulle part peut-être, la théorie dominante en jurisprudence n'a été mieux résumée que dans l'arrêt de la cour de Toulouse du 24 janvier 1884, maintenu par la chambre civile de la cour de cassation le 18 janvier 1887. « Un contrat de mariage, lisons-nous dans l'arrêt de la cour de Toulouse, crée entre les époux une sorte de *société*, qui a reçu à juste titre le nom d'*association conjugale ;* dans cette *société*, les donations consenties aux futurs conjoints constituent leurs

dans le cas où la donation en faveur du mariage émane d'un commerçant à la veille de la faillite. Mais la distinction proposée, et qui tend à soustraire à l'application de cette théorie les constitutions de dot faites par un non commerçant, est-elle bien logique ? Quelle que soit l'importance des textes du Digeste et le sens de la L. 25 précitée qui laisse place aux doutes et aux difficultés, il nous paraît bien difficile de mettre ici de côté la définition de l'acte à titre gratuit telle qu'elle se dégage des art. 1105 et 1106 du Code civil, dont il convient de rapprocher les art. 893, 894, 1081 s. Les partisans du système que nous venons d'exposer iraient-ils donc jusqu'à l'appliquer au cas d'une donation faite par un non commerçant à un fils ou à un neveu pour l'achat d'un office ministériel ? — V. et cpr. sur notre question et sur les distinctions proposées en divers sens, not. Troplong, Rapport dans S., 43. 1. 114; Duranton, *op. cit.*, X, n. 582; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 313, texte et note 27, p. 139; Demolombe, *op. cit.*, XXV, n. 212, 213 ; Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, 2e édi., V, p. 268 s.: Larombière, *Obligations* sur l'art. 1167, n. 46; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, VII, n. 325 s., 397; Arthuys, *Rev. critique*, 1899, p. 353 s. (Examen doctrinal de jurisprudence commerciale). Rapp. Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n. 885.

(1) Civ. rej., 18 janv. 1887, S., 87. 1. 97, D., 87. 1. 257.

apports réciproques ; ces apports sont faits en vue l'un de l'autre, et ont évidemment un caractère commutatif; on ne saurait nier, par conséquent, l'*intérêt* qu'a la femme à une donation qui est consentie moins en faveur de son mari qu'en faveur de l'association dont elle fait partie... ». On comprend qu'une telle théorie ait soulevé les protestations de la cour de Paris (1).

La résistance d'un certain nombre de cours d'appel nous autorise-t-elle à espérer un revirement de jurisprudence ? Il serait téméraire de l'affirmer, bien que l'on ne puisse s'empêcher de regretter que la distinction des deux constitutions de dot n'ait pas été mieux mise en lumière par les premiers interprètes de nos codes. En se bornant à invoquer le caractère à titre onéreux des droits du mari sur la dot de la femme, ou de l'hypothèque légale de l'épouse sur les immeubles de son conjoint pour protéger les intérêts de la famille, la cour de cassation n'aurait pas eu besoin de fausser, à notre avis, le caractère à titre gratuit des donations faites en faveur du mariage, et de porter la confusion dans la définition si logique des contrats à titre onéreux, qui assurent, par eux-mêmes, à chacun des contractants, l'équivalent de ce qu'il promet ou de ce qu'il abandonne (2).

(1) Paris, 27 juill. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 476 et la note, S., 95. 2. 158. — V. aussi Orléans, 8 juin 1898, précité. — V. cep. Paris, 9 juill. 1895, S., 98. 2.17, et Civ. cass., 18 déc. 1895, précité.

(2) Rapp. Sarrut, note D., 98. 1. 193.

DEUXIÈME PARTIE

DU RÉGIME EN COMMUNAUTÉ OU DES RÉGIMES USITÉS DANS LES PAYS DE COMMUNAUTÉ

245. Nous avons vu que les préférences du législateur étaient très nettement marquées en faveur des régimes autrefois en usage dans les pays coutumiers, et spécialement en faveur de la communauté de tous les meubles et acquêts, qu'il a choisie comme régime de droit commun.

Aussi, est-ce le premier régime dont il va tracer les règles. Pour lui, les régimes coutumiers se résument dans la communauté plus ou moins modifiée par le contrat de mariage.

C'est pour cette raison qu'il intitule : *Du régime en communauté*, le chapitre II de notre titre V. Dans ce chapitre II, il va traiter successivement :

1° De la communauté légale ;

2° De la communauté conventionnelle ou des diverses clauses imaginées pour modifier la communauté légale ;

3° Du régime exclusif de communauté ou régime sans communauté ;

4° De la séparation de biens contractuelle ou établie par contrat de mariage.

Quant à la séparation de biens judiciaire, il en est parlé, au code civil, accessoirement aux modes de dissolution de la communauté légale (1).

Il nous paraît plus simple de ne pas bouleverser ce plan. Nous allons le suivre dans ses diverses étapes, après avoir donné une idée générale de la communauté.

(1) Toutefois, lorsque nous aborderons l'étude de la séparation de biens considérée comme mode de dissolution de la communauté (V. *infra*, II, n. 891 s.). nous réserverons l'exposé du régime qui succède à la communauté ainsi dissoute. Afin d'éviter des redites, nous avons cru devoir présenter dans un tableau d'ensemble les règles qui régissent la séparation de biens quelle que soit son origine, judiciaire ou contractuelle (V. *infra*, III, n. 1477 s.).

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LA COMMUNAUTÉ.

246. La communauté, nous dit Pothier, est une espèce de société de biens qu'un homme et une femme contractent lorsqu'ils se marient (1). Cette définition est vraie de toute communauté entre époux.

Cette association de biens entre conjoints est soumise à des règles exorbitantes du droit commun des sociétés, qu'il est utile de mettre en relief (2).

D'abord si le régime de communauté légale, dans sa composition active et passive, ressemble singulièrement à la société universelle de gains définie par l'article 1838, le contrat de mariage peut l'étendre au point d'en faire une société universelle de tous biens présents et à venir, plus compréhensive que la plus large des sociétés universelles permises entre toutes personnes autres que des époux (art. 1837 et 1526).

Et cette dérogation au droit commun n'est pas la seule. Tandis qu'il est des clauses qui élargissent la communauté quant à sa composition active, ainsi que nous venons de le constater, d'autres la restreignent et font surgir en cette matière des principes d'ordre public inconnus en cas de sociétés civiles ou commerciales.

1° De droit commun, les parties peuvent déterminer comme elles l'entendent l'époque à laquelle la société doit commencer et prendre fin (art. 1843, 1865). Puis, quand il n'a pas été fixé de terme pour la dissolution de la société, chacun des associés peut, par sa volonté, mettre fin à l'association (art. 1865-5° et 1869). Ici, c'est la loi qui fixe souverainement le commencement de la communauté au jour de la célébration du mariage, et qui dit dans quels cas et de quelle manière elle sera dissoute. La volonté, même des

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 1.

(2) Cpr. Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 334 et 335; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 505, p. 277; Arntz, *Cours de droit civil français*, 1879, 2e édit., III, n. 542-2°; Guillouard, *op. cit.*, I. n. 341 et 342.

deux parties, ne pourrait pas dissoudre l'association avant qu'elle n'ait pris fin dans les conditions légales (1).

2° Une autre particularité apparaît au point de vue du partage des bénéfices. La règle que chaque associé a dans la société, à moins de stipulation contraire, un droit proportionnel à son apport (art. 1853), est remplacée dans la communauté par celle du partage égal (art. 1474). Il est sans doute permis d'y déroger; même cette dérogation peut être plus large que dans une société ordinaire, puisque, contrairement à l'article 1855, l'article 1525 permet d'attribuer la communauté tout entière au survivant.

3° Mais le caractère particulier de la société entre époux se manifeste surtout quant à l'administration. En matière de société civile, tous les associés ont, en principe, un droit égal à l'administration (art. 1859). Ce point est, au surplus, abandonné à la libre convention des parties (art. 1856 à 1858). Entre époux communs en biens, les pouvoirs sont réglés d'autorité par la loi (art. 1388), qui les concentre aux mains du mari (art. 1421 s.). Les pouvoirs du chef de la communauté, sur les biens communs, sont presque illimités (art. 1421) et il est défendu de les lui enlever ou de les restreindre (art. 1388) (2).

Comme contre-poids de cette quasi-omnipotence du mari, la femme, — la communauté dissoute, — a le droit d'y renoncer. Ce droit, caractéristique dans l'évolution historique du régime de communauté — c'est celui qui s'est introduit le dernier, — est une prérogative d'ordre public à laquelle la femme ne saurait déroger par convention (art. 1453).

L'épouse peut aussi convenir par contrat de mariage qu'elle sera mieux traitée qu'un commanditaire qui ne s'est pas immiscé dans la gestion, car elle peut stipuler la reprise de son apport franc et quitte (art. 1514). C'est également un principe d'ordre public que, en cas de mauvaise gestion de la part du mari, elle peut provoquer la dissolution anticipée

(1) V. *supra* I, n. 47 et 47 *bis*, sur la stipulation d'un régime à terme ou sous condition.

(2) V. Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n. 901.

de la communauté. La loi lui reconnaît alors le droit de demander en justice la séparation de biens (art. 1443).

247. La quasi-omnipotence du mari sur les biens communs a fait naître une controverse dont il ne faut pas exagérer l'importance.

Il est une doctrine d'après laquelle la femme n'aurait aucun droit actuel sur les biens de la communauté. Ceux-ci pendant la communauté n'auraient qu'un seul propriétaire: le mari. C'est l'application rigoureuse de l'ancienne formule: *Le mari est seigneur et maître de la communauté*. Cette maxime se trouve dans le texte même des coutumes, notamment dans l'article 225 de la coutume de Paris. Son interprétation littérale peut invoquer l'autorité considérable de Dumoulin. Celui-ci, dans ses notes sur l'ancienne coutume de Paris, disait en effet : « *Constante matrimonio, maritus est pleno jure dominus omnium bonorum.* » Il ajoutait que la femme n'avait qu'un droit en puissance, qui ne prenait sa réalisation qu'à la dissolution de la communauté. *Non est socia mulier*, disait-il, *sed speratur fore* (1). Cette thèse, adoptée par Pontanus (2) et que paraît également bien accueillir Pothier (3), était déjà combattue par Ferrière (4). Nous croyons d'ailleurs que, même dans l'ancien droit, les formules ci-dessus mentionnées n'étaient qu'une façon énergique de dire que, durant la communauté, le droit de la femme était en quelque sorte annihilé par les pouvoirs presque illimités du mari, sans aller cependant jusqu'à la négation même de ce droit. Lorsque Dumoulin caractérisait le droit du mari et de la femme dans les termes que nous venons de rappeler, il voulait dire simplement que les

(1) Molinæi Opera, *In consuetudine Parisi.*, § 57, n. 2, *Nov. consuet.*, et § 109, *Vet. consuet.*

(2) Pontanus, *Sur la coutume de Blois*, II, p. 201.

(3) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 3.

(4) Ferrière, *Compilation de tous les commentaires sur la coutume de Paris*, III, p. 10, n. 32. D'après Ferrière, le droit de communauté au profit de la femme « est acquis par le contrat de mariage ou par la disposition de la coutume dès la célébration d'icelui, ce droit n'est que *virtuel et habituel et non actuel* pendant le mariage, mais il ne peut lui être ôté, elle ne peut pas même y renoncer avant la mort de son mari. »

créanciers personnels de l'épouse, à la différence de ceux du mari, ne pouvaient pas se faire payer sur les biens communs. Laurière, dans son commentaire sur l'article 225 de la coutume de Paris (1), faisait déjà remarquer que le mari, seigneur et maître de la communauté, n'en est pas cependant propriétaire, qu'il n'est qu'un administrateur avec des pouvoirs étendus allant jusqu'à l'aliénation. L'ancienne règle vise donc les pouvoirs considérables du mari, mais n'a pas trait à la propriété des biens. Le mari, sous la réserve de la renonciation possible de la femme à la communauté, n'est propriétaire que de la moitié des biens communs (2).

Il n'est donc guère surprenant que la théorie, déniant tout droit à la femme au cours de la communauté, n'ait rallié au XIXe siècle que deux suffrages (3). Depuis le code civil, elle est bien difficile à soutenir, surtout en présence de l'article 1422 qui refuse au mari le droit de faire des donations d immeubles communs. En étudiant les droits de poursuite des créanciers du mari ou de la communauté sur les biens communs, nous verrons dans quelle mesure il est vrai de dire que, aux yeux des tiers, les propres du mari et les biens communs semblent ne faire qu'un seul patrimoine.

248. D'ailleurs l'intérêt pratique du débat est assez vague. Du droit de copropriété actuel de la femme durant la communauté, on a tiré argument pour valider les donations d'immeubles communs faites conjointement par le mari et la femme (4), et pour justifier le droit de cette dernière de demander la séparation de biens (5).

Mais le droit de l'épouse ne devrait-il être qu'un droit subordonné à cette condition suspensive que la femme ou

(1) Laurière, *Sur l'art. 225 de la coutume de Paris*. — Rapp. l'art. 101 de la coutume d'Angoumois.

(2) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 96 ; Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1399, n. 5 ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 854 s. ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 331 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 543; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 505, texte et note 4, p. 278-279.

(3) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 75 à 81 ; Championnière et Rigaud, *Tr. des droits d'enreg.*, IV, n. 2835, 2836.

(4) V. *infra*, I, n. 674.

(5) V. également et cpr. Colmar, 25 fév. 1857, S., 57. 2. 321, D., 57. 2. 88.

ses héritiers acceptent la communauté : il n'en serait pas moins facile de justifier le recours à la séparation de biens dans les cas où, par extraordinaire, celle-ci serait une mesure conservatoire (art. 1180) destinée à sauvegarder la part de la femme dans la communauté, ce qui la suppose acceptante. On s'expliquerait aussi la validité, par le concours de la femme, des donations d'immeubles, car le mari et elle représentent dans tous les cas la pleine et libre propriété de l'immeuble commun donné.

249. C'est une question, d'une plus grande importance pratique, que celle de savoir si la communauté ne constitue pas une personne morale, une personne civile différente de la personne des deux époux, ayant un patrimoine propre et, par suite, des droits et des obligations distincts de ceux des deux conjoints.

La personnalité appartient sans conteste aux sociétés commerciales. Après bien des hésitations, la cour de cassation a fini par la reconnaître aux sociétés civiles (1). Il semble dès lors que nous aurions mauvaise grâce à la refuser à la communauté entre époux. Les textes et les interprètes ne nous parlent-ils pas, dans un langage traditionnel, de l'actif et du passif de la communauté, de ses créances et de ses dettes distinctes de celles des époux, en un mot du troisième patrimoine que ce régime fait surgir entre les deux patrimoines propres des conjoints (2) ? On peut répondre, à cet égard, que le troisième patrimoine n'est en réalité que le fonds commun, masse indivise qui doit se résoudre et se fondre en entier dans le patrimoine des époux. Il est impossible toutefois de n'être pas frappé de la distinction profonde, qui existe entre les récompenses dues par la communauté ou à la communauté, et celles qui sont dues directement par un époux à l'autre (3). Mais là encore l'idée d'un fonds commun ne suffit-elle pas pour expliquer le phénomène ?

(1) Req., 23 fév. 1891, S., 92. 1. 73, D., 91. 1. 337. — Req., 2 mars 1892, S., 92. 1. 497. D. 93.1.169.

(2) Troplong, *op. cit.*, I, n. 306 s.; Proudhon, *De l'usufruit*, I. n. 279; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 96, p, 102 de la 4e éd.

(3) V. *infra*, I, n. 785 s., 803 s., II, 1105 s., 1175.

Aussi ne croyons-nous pas que la communauté soit une personne civile (1). Nous fondons cette doctrine sur la tradition. Les anciens auteurs employaient, tous, les formes de langage courantes aujourd'hui, et n'admettaient pas cependant la personnalité de la communauté. D'ailleurs la situation faite au mari exclut l'idée de cette personnalité. Il est, en effet, quelque chose qui apparaît, à chaque pas pour ainsi dire, en matière de communauté : c'est la confusion qui s'établit à l'égard des tiers entre les biens de la communauté et ceux du mari. Or, c'est à l'égard des tiers, si elle existait, que cette personnalité se manifesterait.

250. Mais quels sont les intérêts pratiques de cette discussion ?

1° En étudiant les sociétés commerciales, on voit que l'une des conséquences les plus notables de la personnalité de ces sociétés est que les créanciers sociaux ont le droit de se faire payer sur les biens composant le patrimoine social, sans subir le concours des créanciers personnels des associés. Rencontrons-nous cet intérêt quand il s'agit de la question de la personnalité de la communauté ?

Non, aussi longtemps que dure cette communauté. Tant qu'elle existe, la situation est très nettement réglée par la loi. Nous lisons dans les textes que le créancier du mari peut se faire payer sur les biens communs. Il n'est pas de créancier de la communauté qui ne soit d'abord créancier de l'un des époux.

Mais, quand la communauté est dissoute, l'intérêt pratique que nous venons de signaler peut très bien surgir. C'est,

(1) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 82 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 334; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 505, texte et note 2, p. 277; Demante et Colmet de Santerre *op. cit.*, VI. n. 18 *bis*, II, et 18 *bis*. X; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 210, 250; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 132 ; Arntz. *op. cit.*, III, n. 541-1°; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 345; Huc, *op. cit.*, IX, n. 73. — La jurisprudence répudie également l'idée de personnalité civile de la communauté. — V. Req., 16 janv. 1877, S., 77. 1. 169, D., 78. 1. 265. — Req., 10 fév. 1896 (motifs), D., 96. 1. 559, S., 1900. 1. 511 ; J. Bourganeuf, 18 janv. 1901 et J. Hazebrouck, 22 fév 1901, S., 1903. 2. 285. — J. Louvain, 25 mai 1901, et Bruxelles 3 juin 1903 (adoption de motifs), S., 1905. 4. 4. — V. cep. Lyon, 23 juill, 1858, D., 59. 2. 615. — Rennes, 12 nov. 1891, D., 92. 2. 296. — V. également et cpr. Douai, 5 mars 1897, S., 99. 2. 39; J. Versailles, 25 juin 1884, sous Req., 2 juin 1886, S., 90. 1. 322.

en effet, surtout, en étudiant les suites de la dissolution et du partage de la communauté que nous aurons à faire l'application de notre thèse. Lors de cette dissolution, nous ne trouverons rien de semblable au bénéfice de séparation des patrimoines établi en matière de succession, ou au droit de préférence analogue que la jurisprudence a dû reconnaître aux créanciers des sociétés commerciales en lutte avec les créanciers personnels des associés sur les biens sociaux. En matière de communauté, les textes semblent bien exclure ce droit de préférence (1).

2° La question de la personnalité civile de la communauté présente également de l'intérêt pour la détermination exacte de certaines conséquences des dispositions de la loi relatives aux pouvoirs du mari. Si le mari, chef de la communauté, a des pouvoirs très étendus, il ne les a pas cependant sans limites. Le mari, par exemple, ne peut pas, en principe, faire donation des immeubles communs (art. 1422). Mais cette donation serait-elle valable si la femme y consentait avec le mari ? C'est un point débattu que nous retrouverons (2). Ce que l'on peut seulement faire observer ici, c'est que si la communauté était une personne morale, il faudrait dire que là où cessent les pouvoirs du mari, l'intervention de la femme à l'acte passé par ce dernier serait impuissante à le valider. En effet, si la communauté est une personne civile distincte de la personne des conjoints, nul autre que l'administrateur de cette personne civile n'a de pouvoirs relativement à ses biens.

Cette question de la personnalité joue encore un rôle dans d'autres hypothèses :

3° Ainsi la communauté, n'ayant pas de personnalité séparée, n'a pas sur les biens des époux un véritable droit d'usufruit. Est-ce à dire qu'il y ait grand intérêt à affirmer cela ou à reconnaître un véritable droit d'usufruit au profit de la communauté ? Non. Et pourtant on a essayé de tirer argument de l'absence de personnalité de la communauté pour

(1) V. *infra*, II, n. 1208, 1231.
(2) V. *infra*, I, n. 674.

déterminer, sous l'article 1437, les conséquences, au point de vue de la communauté, de l'acte par lequel on aurait racheté un droit d'usufruit existant sur un bien de l'un des époux pendant cette communauté (1).

En somme, la véritable notion de la communauté nous paraît être qu'elle constitue une copropriété entre époux, soumise à des règles particulières.

251. On différencie dans la loi deux espèces de communautés: la communauté légale et la communauté conventionnelle.

La première est celle qui est établie par la loi; c'est un régime type qui forme le droit commun de la France. Quatre-vingt-dix-huit articles de notre code civil lui sont consacrés.

Puis, dans trente-deux articles, le législateur s'occupe des clauses les plus usitées dans les contrats de mariage pour modifier la communauté légale.

Il y a donc, en réalité, toute une série de communautés conventionnelles que les futurs époux peuvent varier à leur gré dans les limites tracées par le principe de la liberté des conventions matrimoniales (2).

252. Sans distinguer selon qu'elle est légale ou conventionnelle, la loi fixe souverainement, ainsi que nous l'avons dit, le commencement et la fin de la communauté. Il y a là, à notre avis, une conséquence de l'immutabilité des conventions matrimoniales C'est pour cela que nous avons rattaché à l'étude de ce principe celles des clauses du contrat de mariage qui tendraient à établir soit une communauté à terme, soit une communauté sous condition suspensive ou sous condition résolutoire (3).

La diversité des anciennes coutumes quant à la fixation du moment où la communauté commence, a choqué nos législateurs de 1804. Ils n'ont pas voulu s'en tenir à la tradition empruntée par quelques coutumes aux anciennes sociétés *taisibles*, qui se formaient par l'an et jour. Ni le mariage, ni le régime matrimonial n'ont besoin d'être ainsi consacrés par une possession d'an et jour dans une législation qui

(1) V. *infra*, I, n. 850.
(2) Cpr. art. 1498 et 1526.
(3) V. *supra*, I, n. 47 et 47 *bis*.

soumet le mariage à une célébration empreinte de solennité et de publicité. Moins encore ont-ils suivi les juristes qui avaient confondu douaire et communauté, et les rattachaient à la consommation du mariage.

Depuis longtemps déjà, le vrai principe avait été proclamé par la coutume de Paris, dans son article 220 : « Commence la communauté du jour des épousailles et bénédiction nuptiale. » Nous retrouvons cette règle dans l'article 1399 ainsi conçu : « *La communauté soit légale, soit conventionnelle, « commence du jour du mariage contracté devant l'officier « de l'état civil : on ne peut stipuler qu'elle commencera à « une autre époque.* »

I

DE LA COMMUNAUTE LEGALE

253. « *La communauté qui s'établit par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, ou à défaut de contrat, est soumise aux règles expliquées dans les six sections qui suivent.* » Ainsi s'exprime l'article **1400.**

Nous avons observé déjà que ce langage du code civil n'est pas tout à fait conforme à celui de nos vieux auteurs. Pothier disait, en effet, que la communauté légale est celle qui est établie à défaut de contrat, tandis que la communauté conventionnelle est celle qui est établie par contrat (1). Dans ce langage, la communauté conventionnelle pouvait donc avoir les mêmes effets que la communauté légale, alors qu'il en va différemment aujourd'hui, étant donné la formule de l'article **1400.**

Quoi qu'il en soit, la communauté légale est un régime type établi suivant les traditions des anciens pays de communauté.

Les époux y seront soumis :

1° Lorsqu'ils l'ont expressément stipulé, — ce qui est fort rare, — car on ne fait guère de contrat de mariage sans apporter à la communauté des modifications plus ou moins profondes. Le plus souvent, elle est alors réduite aux acquêts par l'exclusion de tout le mobilier présent et futur (2).

2° A défaut de contrat.

3° Quand les époux ont fait un contrat de mariage, mais que ce contrat est nul.

On dit souvent que la communauté légale est un régime proposé à l'adoption des époux, puisque la loi induit cette

(1) V. Pothier, *Traité de la communauté*, n. 9 et 10.

(2) V. *supra*, I, n. 64 et la note contenant la statistique des divers régimes matrimoniaux.

adoption du silence gardé par les conjoints qui n'ont pas rédigé de contrat. On en a même conclu qu'il vaudrait mieux l'appeler *communauté conventionnelle tacite*.

Cette idée n'est pas sans importance. Elle joue son rôle, ainsi que nous l'avons constaté précédemment, dans la théorie des nullités du contrat de mariage (1) et aussi dans une question de droit international privé très pratique et qui le devient de jour en jour davantage, celle de savoir sous quel régime matrimonial vont se trouver placés les époux français en pays étranger et les époux étrangers qui se marient en France sans faire de contrat (2).

Cependant l'expression *communauté légale*, outre qu'elle est consacrée par l'usage, doit être maintenue. La loi veut, en effet, que ce régime soit le droit commun de la France. Il n'est pas seulement le régime des nationaux français qui l'ont accepté expressément ou tacitement en se mariant sans contrat dans la plénitude de leur capacité. Il est aussi le régime *attribué d'office* à ceux qui n'ont pas *su* ou n'ont pas *pu* faire un contrat de mariage valable.

254. Pénétrons désormais dans l'étude détaillée de la communauté légale.

Cette étude peut être divisée en quatre grandes parties que voici :

1° De la composition de la communauté, c'est-à-dire des règles relatives à la détermination des biens rentrant dans la masse commune, et de celles concernant la fixation des charges qui incombent à l'association conjugale.

2° De l'administration de la communauté et des biens propres de la femme : c'est le fonctionnement du régime.

3° Des règles relatives à la dissolution de la communauté.

4° De la liquidation de la communauté, ou du règlement des droits et des obligations des époux ou de leurs héritiers après la dissolution de la communauté.

Chacune de ces quatre grandes parties fera l'objet d'un chapitre distinct.

(1) V. *supra*, I, n. 203 s.
(2) V. *supra*, I, n. 74 s.

CHAPITRE PREMIER

DE CE QUI COMPOSE LA COMMUNAUTÉ ET LE PATRIMOINE PROPRE DES ÉPOUX, ACTIVEMENT ET PASSIVEMENT

255. La communauté n'est pas une personne civile (1). Elle n'en a pas moins un fonds commun ayant son actif et son passif distincts de l'actif et du passif de chacun des époux. On met en relief cette vérité en disant qu'il y a là un troisième patrimoine. Cette formule quelque peu exagérée, mais commode, — saisissante même, — est sans inconvénient, pourvu qu'on ne la prenne pas à la lettre, et qu'on n'émette pas la prétention d'en déduire toutes les conséquences, spécialement dans la liquidation de la communauté.

256. N'oublions pas non plus, en dressant le tableau des biens communs, que la communauté réduite aux acquêts est, en France, la forme la plus usitée de la communauté, dès qu'il existe des biens de quelque importance au moment du mariage (2). Son actif est beaucoup plus réduit et son passif plus restreint que ne le sont l'actif et le passif de la communauté légale (3).

SECTION PREMIÈRE

DE L'ACTIF DE LA COMMUNAUTÉ

257. La communauté légale est une société comprenant tous les meubles et les acquêts. L'article 1401 y ajoute un troisième élément d'actif, à savoir les fruits ou revenus des biens restés propres au mari ou à la femme. Toute communauté, légale ou conventionnelle, a, en effet, une sorte d'usufruit ou de jouissance légale sur les biens propres des conjoints.

Voici d'ailleurs l'article 1401 : « *La communauté se compose*

(1) V. *supra*, I, n. 249 s.
(2) V. *supra*, I, n. 64 et la note statistique des divers régimes matrimoniaux.
(3) V. *infra*, II, n. 1263 s.

« *activement : 1° de tout le mobilier que les époux possédaient* « *au jour de la célébration du mariage, ensemble de tout le* « *mobilier qui leur échoit pendant le mariage à titre de suc-* « *cession ou même de donation, si le donateur n'a exprimé le* « *contraire ; 2° de tous les fruits, revenus, intérêts ou arréra-* « *ges, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant* « *le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux* « *époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus* « *pendant le mariage à quelque titre que ce soit ; 3° de tous* « *les immeubles qui sont acquis pendant le mariage.* »

Les meubles étant exclus de la communauté lorsqu'elle est réduite aux acquêts, celle-ci ne comprend plus alors que les acquêts et les fruits ou revenus (art. 1498).

§ I. *Mobilier des époux.*

258. Les meubles *présents*, c'est-à-dire ceux que l'un ou l'autre des époux possède lors de la célébration du mariage, et les meubles *futurs*, c'est-à-dire ceux qu'ils acquerront au cours de la communauté, font tous partie de l'actif commun. La distinction des meubles présents et des meubles futurs n'a donc guère d'utilité, si ce n'est, peut-être, à l'égard des meubles donnés ou légués sous la condition qu'ils ne tomberont pas en communauté.

L'application de l'article 1401-1° *in fine* ne se comprend bien qu'à l'égard des meubles recueillis durant la communauté par l'époux donataire ou légataire. Toutefois, il est certain d'abord qu'une telle condition, excluant les meubles de la communauté, peut être inscrite dans un testament rédigé avant le mariage du légataire. D'autre part, aucun principe d'ordre public ne s'oppose à ce qu'une personne majeure, non mariée, prenne l'engagement, en recevant une donation, de se réserver propres les biens donnés, au cas où elle se marierait sous le régime de la communauté. Mais cette clause ne placerait pas ces meubles de plein droit hors de la communauté, comme si la libéralité n'avait été acquise qu'après la célébration du mariage. Recueillis avant cette célébration, même par donation ou legs, les meubles ne peu-

vent être réservés propres qu'en vertu d'une stipulation du contrat de mariage.

259. Malgré le silence apparent de l'article 1401, les meubles acquis à titre onéreux pendant la communauté tombent dans son actif. Cette solution traditionnelle [1] était tellement évidente que le législateur n'a pas pris la peine de l'exprimer [2]. Il n'y avait besoin d'explication qu'à l'égard des meubles acquis à titre gratuit, parce que ce mode d'acquisition, étant le plus personnel de tous, était par cela même celui au sujet duquel l'application de la règle devait soulever le plus de doute.

D'ailleurs le législateur voulait, à l'égard du mobilier acquis par donation ou par legs, permettre au donateur ou au testateur de l'exclure de la communauté. Des interprètes timorés auraient pu, en effet, condamner cette clause comme contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Cette solution est expressément écartée par la loi comme une exagération inutile de ce principe, les tiers créanciers de la communauté n'ayant pas dû compter sur les libéralités futures. Au surplus, il eût été dangereux de retirer au donateur de meubles la faculté de disposer au profit personnel d'un des deux époux. Peut-être ne veut-il faire la libéralité que sous cette condition expresse que l'enrichissement restera propre au conjoint gratifié.

260. Si, à l'égard des meubles, la distinction des biens présents et des biens à venir a peu d'importance au début de la communauté, il n'en est pas de même à l'égard des immeubles, comme le prouve l'article 1402 [3].

En outre, il importe de reprendre la distinction fondamentale des biens en meubles et immeubles (art. 516) pour en suivre les applications principales en matière de communauté.

261. Observons que, dans l'article 1401-1°, le mot *mobilier* doit être pris dans son sens le plus large [4]. Tombent

[1] Pothier, *Traité de la communauté*, n. 26.
[2] Cpr. Locré, XIII, p. 180 s.
[3] V. *infra*, I, 329.
[4] Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 436 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507,

par conséquent en communauté tous les biens qui ne sont pas immeubles : les meubles par nature (art. 528) et les meubles par la détermination de la loi (art. 529), les meubles corporels et les meubles incorporels. Peu importe la nature du droit existant sur ces biens : droit réel ou droit personnel, propriété ou usufruit (arg. de l'art. 526) (1).

262. Nous n'avons pas à signaler de difficulté spéciale pour les meubles corporels ; la théorie générale suffit.

263. Il n'en est pas de même pour les meubles incorporels. D'abord, il importe de maintenir avec fermeté le principe suivant lequel la nature mobilière ou immobilière d'une créance se détermine d'après son objet et non d'après son origine. La théorie contraire de Lebrun (2), combattue par Pothier (3), est aujourd'hui universellement rejetée.

Nous dirons par conséquent, contrairement à l'opinion ancienne de Lebrun, que la créance du prix d'un immeuble, vendu avant le mariage, est une créance mobilière qui tombe dans la communauté (4).

Et il en est ainsi, à notre avis, alors même que l'immeuble a été vendu dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage de la célébration du mariage. Nous retrouverons cette question débattue, en nous expliquant sur les motifs et l'étendue d'application de l'article 1404 (5).

texte et note 2, p. 281, 282 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 212 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 356 ; Planiol, *op. cit*, III, 2e édit., n. 915.

(1) En énumérant plus loin les propres mobiliers, nous verrons quelles valeurs mobilières restent, par exception, en dehors de la communauté légale ou conventionnelle (meubles incessibles, meubles donnés à la condition de rester propres, meubles réservés propres par le contrat de mariage). — V. *infra*, I, n. 463 s. — Mais il convient d'observer que ni l'usage personnel, sous réserve de l'exception limitée de l'article 1492, al. 2 (V. *infra*, II, n. 1251), ni l'origine personnelle du mobilier n'en font un propre. Montpellier, 25 mai 1901, S. 1903.2.47. Nous verrons s'il faut appliquer la même solution aux dommages et intérêts pour blessures, et aux pensions de retraite non insaisissables. — V. *infra*, I, n. 468 s.

(2) Lebrun, *Communauté*, liv. I, chap. V, sect. I, distinction 1, n. 16.

(3) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 69 et 77. — V. également Renusson, *Communauté*, part. I, chap. III, n. 15.

(4) Il en serait ainsi lors même que cette vente aurait été suivie de l'achat d'un autre immeuble dont le prix serait encore dû lors de la célébration du mariage. — Cpr. *infra*, I, n. 528 s.

(5) V. *infra*, I, n. 316, 317.

264. Il faut également attribuer sans hésitation à la communauté le prix de la vente à réméré d'un immeuble, prix que le tiers vendeur restitue à l'un des époux, auquel la vente avait été consentie avant le mariage. En effet, l'époux acquéreur est alors censé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble soumis au rachat. Comme conséquence de la condition résolutoire, il est considéré comme n'ayant jamais eu contre le vendeur d'autre droit que celui de recouvrer la somme d'argent par lui versée à titre de prix (1).

265. Mais il en serait autrement, si le vendeur avait laissé expirer le délai dans lequel il s'était réservé d'exercer le réméré. Dans ce cas la propriété de l'immeuble se serait consolidée sur la tête de l'époux acquéreur, et cet immeuble, qui lui appartenait au commencement de la communauté, a définitivement revêtu le caractère de bien propre à ce conjoint. S'il le rétrocède à son vendeur, c'est là une vente ordinaire donnant lieu à remploi ou à récompense (art. 1433 à 1436).

266. La soulte d'un partage d'immeubles devenu définitif avant la célébration du mariage étant mobilière par les mêmes motifs qu'un prix d'immeuble aliéné à la même époque, tombera elle aussi dans la communauté (2).

En est-il de même de la soulte d'un partage d'immeubles réalisé au cours de la communauté ?

Le problème s'élargit. Il s'agit de savoir si et dans quelle mesure l'article 883 s'applique en matière de communauté.

Supposons donc que, au moment du mariage, l'un des conjoints ait recueilli une succession en concours avec d'autres personnes. Dans cette succession, il y a des meubles et des immeubles. Le partage n'est pas encore fait au moment de la célébration du mariage et se produit seulement au cours de la communauté. Si l'on répartit également les meubles et les immeubles, il n'y a point de difficulté. Mais il peut arriver que le partage ne se fasse pas de cette manière,

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 373; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 231; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 369. — Jugement Saint-Quentin, 11 juill. 1860, joint à Amiens 10 avril 1861, D., 51.2.102. — Rennes, 6 avril 1870, S., 70.2.245 D., 71.2.67.

(2) Colmar, 27 fév. 1866, S., 66.2.227, D., 66.5.71.

et que l'on n'observe pas la proportion des parts héréditaires dans les attributions mobilières et immobilières. Dans ce cas-là, pour déterminer ce qui tombe en communauté, faut-il s'attacher au résultat du partage, ou faut-il calculer d'après la part à laquelle le conjoint aurait eu droit si le partage des meubles et des immeubles avait été fait entre les intéressés conformément au principe d'égalité posé par l'article 832 ? Telle est la question. Comment la résoudre ?

Sur ce point, les opinions sont divergentes. Pothier disait qu'il fallait appliquer la règle d'après laquelle le partage est déclaratif de propriété (1). Lebrun proposait une doctrine opposée. Suivant lui, les rapports du conjoint et de la communauté sont fixés *ab initio*, à l'ouverure de la succession, et non pas seulement au moment du partage (2).

La doctrine de Lebrun peut se défendre par des arguments très graves. D'abord la règle de l'effet déclaratif du partage est une fiction introduite par l'article 883 en vue de certains intérêts pratiques pour régler les rapports des cohéritiers entre eux et les rapports de chaque cohéritier avec les ayants cause des autres. Cette maxime ne doit pas s'appliquer pour régler les rapports de chaque copropriétaire avec ses ayants cause. De plus, dans la doctrine de Pothier, ne va-t-on pas permettre de modifier les conventions matrimoniales au cours du mariage ? Les fraudes au contrat de mariage sont, en effet, bien tentantes, et l'extension de l'effet déclaratif du partage à notre hypothèse les facilite singulièrement (3).

Cette solution, proposée jadis par Lebrun, serait peut-être la meilleure en législation. Mais nous ne croyons pas devoir l'admettre. Nous concédons volontiers que l'article 883 n'a point été fait pour notre hypothèse. Il est, peut-être, excessif de parler de l'effet déclaratif du partage comme le faisait Pothier. Soit ; mais cette concession faite, que dit notre loi à

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 100.

(2) Lebrun, *Communauté*, liv. I, ch. III, sect. I, distinction I, n. 20. — V. égal. Valin, sur la *Coutume de La Rochelle*, art. 48, § 2, n. 11.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 13, p. 285 et VI, § 625, texte et note 29, p. 567, 568; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 233. — En ce sens, décision du tribunal de l'Empire d'Allemagne du 30 mars 1886, S., 88. 4. 3.

l'occasion de successions échues à l'époux commun en biens? Elle dit que les meubles qui en proviennent tombent en communauté, tandis que les immeubles n'y tombent pas. Or, il s'agit d'interpréter cette disposition de la loi. Nous estimons qu'il faut l'interpréter en se plaçant au moment du partage, la loi ne se préoccupant pas, à notre avis, d'établir une certaine concordance entre les apports des époux. Nous croyons donc qu'il faut uniquement s'en tenir au résultat du partage, pour savoir quels biens tombent en communauté et quels biens restent propres.

C'est la solution que préférait Pothier et qui prévalait dans l'ancienne jurisprudence. Rien ne prouve que nos législateurs de 1804 aient voulu innover. Les motifs que nous venons de résumer conduiraient à une distinction incompatible avec les textes. Le droit commun nous empêche d'ailleurs de présumer la fraude, qui est impossible lorsque les lots sont réellement tirés au sort. Au cas contraire, le partage sera réputé loyal, fait sans autre préoccupation que d'attribuer à chacun les biens qui lui conviennent le mieux. A ceux qui allégueraient une fraude au contrat de mariage, d'en fournir la preuve. Il faudra donc s'en tenir au résultat du partage fait sans fraude, pour savoir quels biens sont communs et quels biens restent propres à l'époux copartageant. Celui-ci est réputé avoir recueilli directement du défunt tous les biens compris en son lot. Tous les meubles tombent en communauté, tous les immeubles restent propres. Les hasards du partage peuvent ainsi favoriser la communauté aux dépens de l'époux ou le conjoint aux dépens de la communauté (1).

Mais on a reculé devant l'application extrême de cette théorie au prix de licitation et aux soultes de partage. « Le retour de lot, disait Pothier, n'est pas un simple effet mobilier de la succession, auquel on puisse dire que l'époux a

(1) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 119 s. ; Troplong, *op. cit.*, I, n. 370, 371; Marcadé, *op. cit.*, art. 1401, n. 5 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 431; Demolombe, *op. cit.*, XVII, n. 317 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 556 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 373 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 83 ; Flurer, *Rev. crit.*, 1889, p. 305 (examen doctrinal). — Rennes, 31 juill. 1811, S. chr. — Caen, 18 août 1880, S., 81.2.113. Req. 11 avril 1902 D. 1903.1.465. — Rapp. Paris, 3 déc. 1836, S., 37.2.92, et Caen, 9 mars 1839, S., 39.2.351.

succédé. » Et, en effet, si l'on suppose la succession purement immobilière, c'est de ses propres deniers que le cohéritier débiteur de la soulte devra l'acquitter. L'article 883 nous dit que le bien licité ou grevé de soulte est censé avoir été recueilli directement pour le tout dans la succession ; mais il ne nous dit pas que la créance de soulte ou du prix de licitation attribuée à un autre cohéritier est une créance héréditaire, une valeur mobilière de la succession. Cette créance au profit du cohéritier marié en communauté, ajoutait Pothier, « lui est provenue, durant le mariage, du droit qu'il avait à une succession immobilière, et, par conséquent d'un droit immobilier. » C'est une créance mobilière qui reste propre, parce qu'elle provient de droits immobiliers qui eux-mêmes étaient des propres. Telle est, à notre avis, la vraie solution (1).

266 *bis*. Nous n'avons envisagé jusqu'ici le droit de la communauté sur des biens indivis qu'au point de vue des effets du partage opéré pendant sa durée. Que décider si le partage n'intervient qu'après la dissolution ? En ce cas, le droit de la communauté est irrévocablement fixé au moment où elle se dissout, eu égard à la proportion de meubles et d'immeubles compris dans la masse indivise. Le partage ultérieur ne peut ni augmenter ni amoindrir son droit (2).

267. Il semble qu'il existe une grande analogie entre les droits recueillis par un conjoint dans une succession et ceux qui lui appartiennent dans une société civile ou commerciale, si bien qu'il soit inutile d'insister.

Quelques observations sont pourtant nécessaires.

Si la société est commerciale, l'intérêt ou l'action que l'un des époux possède dans cette société est un droit mobilier (art. 529), qui tombe par suite en communauté (3).

(1) Troplong, *op. cit.*, I, n 444 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 431 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 374 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 83. — Req., 11 déc. 1850, S., 51.1.253, D., 51.1.287. — Douai, 9 mai 1849, S., 50.2.180, D., 52.2.114. — Caen, 18 août 1830, S., 81.2.113. Req. 11 avril 1902, D. 1903.1.465. — V. *infrà*, I, n. 475.

(2) Paris, 10 août 1897. D., 98.2.216.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 409, 410 ; Aubry et Rau. *op. cit.*, V. § 507, texte et note 14, p. 235, 236 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 371 ; Huc, *op. cit.*, IX,

Cependant, si la société était déjà dissoute lors de la célébration du mariage, — malgré la fiction qui veut que cette société survive comme personne morale pour les besoins de la liquidation mais non du partage, — nous croyons que la communauté n'aura pas droit aux immeubles attribués pour sa part au conjoint associé, non plus qu'aux soultes et prix de licitation. Nous appliquerions, ici, la théorie qui vient d'être exposée en matière de succession (1).

A l'égard des sociétés civiles que convient-il d'admettre? L'époux, associé dans une société civile propriétaire de meubles et d'immeubles, a-t-il un droit partie mobilier, partie immobilier comme s'il s'agissait d'une simple masse indivise de biens?

L'affirmative s'impose à ceux qui refusent la personnalité aux sociétés civiles, et l'article 529 semble leur donner raison. En effet, le langage employé dans ce texte par le législateur est assez difficilement compréhensible, si les parts dans les sociétés civiles sont toujours mobilières aussi bien que dans les sociétés commerciales. La jurisprudence s'est pourtant accentuée progressivement dans le sens de la personnalité juridique des sociétés civiles, au point qu'elle la reconnaît actuellement (2).

268. En ce qui concerne le droit que l'un des conjoints peut avoir dans une communauté conjugale précédente, non

n. 84. — Jugement Lyon, 4 avril 1884, S., 86.2.23, D., 85 3.71.72.— Civ. rej., 12 fév. 1890, S., 91,1,230, D., 90.1.204. Il résulte de ces décisions que si un époux marié sous le régime de la communauté est membre d'une société en nom collectif, l'intérêt qu'il acquiert tombant dans la communauté comme droit mobilier, c'est à cette communauté que seront dévolues toutes les valeurs que le partage attribuera, après la dissolution de la société, à l'époux associé, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, peu importe. La communauté a été, en effet, substituée à l'époux sociétaire quant à l'émolument de sa part sociale. Par suite, lorsque l'un des conjoints, après la dissolution de la société, acquiert des biens sociaux sur adjudication, la mutation comprend non seulement est parts des autres associés, mais encore celle qui revenait à son conjoint.

(1) De Folleville, *op. cit.*, I, n. 147; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 414; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 371. — Arg. Civ. rej., 12 fév. 1890, S., 91. 1. 230, D., 90. 1. 204.

(2) Req., 23 fév. 1891, S., 92. 1. 73, D., 91. 1. 337. — Req., 2 mars 1892, S. 92. 1. 497, D. 93. 1. 169. — V. Sur la question de la personnalité des sociétés civiles, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la Société*, 2e édit, nos 11 s.

encore liquidée, il doit être traité comme le droit à une succession indivise. Dans les deux cas, les effets du partage sont identiques.

269. Quant à l'action en paiement des récompenses ou reprises qu'un conjoint ou ses auteurs ont contre une communauté non liquidée, elle est toujours mobilière, ainsi que nous l'établirons en étudiant la théorie des prélèvements (1). La jurisprudence est fixée en ce sens depuis l'arrêt solennel de la Cour suprême en date du 16 janvier 1858 (2). Cette action, appartenant à l'un des époux dans une précédente communauté, tombera donc dans la nouvelle communauté.

270. Tandis que les créances mobilières accroissent l'actif commun, les créances immobilières, aujourd'hui si rares, demeurent au contraire, propres. Mais une créance peut être à la fois mobilière et immobilière.

En pareil cas, si la créance est mobilière pour une partie certaine, connue d'avance, et immobilière pour le surplus, on sait, par cela même, pour quelle partie cette créance entre en communauté.

Mais il est possible que la créance puisse être acquittée à l'aide d'objets dus sous une alternative au choix du débiteur ou à celui du créancier. Il faut alors s'en tenir au résultat du paiement, même si le choix appartient à l'époux créancier. Jusqu'à preuve contraire, ce dernier est censé l'avoir exercé sans intention de faire fraude au régime de communauté (3).

La solution ne serait plus la même s'il s'agissait d'une obligation facultative, c'est-à-dire ayant un objet déterminé, mais laissant au débiteur la faculté de se libérer par la prestation d'une autre chose. En une telle hypothèse, la chose que le débiteur a la faculté de donner en paiement, mais que le créancier n'a pas le droit d'exiger, n'est point l'objet de l'obligation. Elle ne peut, quand même elle serait donnée en paiement, servir à déterminer la nature du droit. Le

(1) V. *infra*, II, n. 1133.

(2) S., 58. 1. 9, D., 58. 1. 5. — V. *infra*, II, n. 1120 s.

(3) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 74 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 375 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 360 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 229 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 82.

caractère juridique de ce dernier se trouve fixé par ce qui est dû principalement. Si la dette a pour objet un meuble, la chose livrée tombera en communauté, bien que ce soit un immeuble que le débiteur attribue en paiement à l'époux (1).

271. Étant donné qu'une obligation a pour objet un fait, devons-nous la considérer comme toujours mobilière et, par conséquent, tombera-t-elle en communauté dans tous les cas?

Voici un architecte qui a contracté envers l'un des époux, avant la célébration du mariage, l'obligation de construire un immeuble sur un terrain dont le futur conjoint était propriétaire. Et pour accentuer l'intérêt de la question, nous pouvons supposer cet architecte payé d'avance : quelle est la nature de la créance de l'époux contre l'architecte ?

Puisqu'il s'agit, non d'une obligation de donner, mais d'une obligation de faire, celle-ci, en cas d'inexécution, se résout en dommages et intérêts, c'est-à-dire en une dette mobilière de somme d'argent à la charge de l'architecte. Si cette transformation est déjà opérée au commencement de la communauté, la créance contre l'architecte entrera dans l'actif commun. Il n'y a pas de doute sur ce point, tout au moins si la novation par substitution d'une créance de dommages et intérêts à la créance du fait promis a été consacrée, au profit du futur époux, soit par une transaction, soit par un jugement passé en force de chose jugée.

Mais s'il arrive que l'architecte, — ce qui est fréquent, — soit condamné à des dommages et intérêts, s'il n'aime mieux bâtir dans un délai imparti par le jugement, nous nous trouvons en présence d'une dette alternative ayant pour objet, soit l'exécution du fait, soit des dommages et intérêts.

Il devient alors nécessaire de préciser la nature de la créance ayant pour objet le fait de l'architecte, pour savoir si cette créance doit grossir ou non l'actif de la communauté quand l'architecte exécute le fait qu'il a promis.

Cette question est délicate, puisque Pothier, qui voit là un

(1) Marcadé *op. cit.*, sur l'article 1401 s., n. 2 *bis* ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 376 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 360 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 82.

droit toujours mobilier (1), est contredit par son annotateur (2) et que la doctrine actuelle est fort divisée.

Que doit donc l'architecte ? Il doit d'une part des matériaux — pierre, bois, chaux, sable, ciment, fer, etc. — et, d'autre part, la main-d'œuvre nécessaire pour utiliser lesdits matériaux. Nous n'apercevons là rien d'immobilier, à moins de confondre le travail de l'architecte et des ouvriers avec le produit qui doit naître de ce travail, c'est-à-dire la maison. Alors, il faudrait être logique et déclarer qu'il s'agit d'un droit non pas à un fait, mais à une maison, un *jus ad rem immobilem*. Or, une semblable confusion serait regrettable.

Elle rappelle celle que quelques jurisconsultes avaient commise dans l'hypothèse inverse, à propos de la vente d'une maison à démolir. Ils y voyaient tout simplement la vente d'un immeuble, alors qu'il s'agissait d'une double opération juridique : la première consistant en la promesse du fait ou de la main-d'œuvre nécessaire pour démolir, et la seconde tendant à la vente et au paiement du prix de l'ensemble des matériaux, chose mobilière dont la propriété ne sera transmise à l'acquéreur qu'au fur et à mesure de la démolition.

De même, dans notre hypothèse, tout est mobilier : les matériaux qui vont être employés dans la construction et la main-d'œuvre qui les utilise. L'opinion de Pothier nous semble donc irréprochable (3).

Ce qui paraît avoir surtout préoccupé les partisans de l'opinion adverse, c'est que la créance du fait de l'architecte est relative à un immeuble qui devient propre de communauté. Mais le législateur n'a point inscrit dans l'article 1401-

(1) Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, n. 50 ; *Traité de la communauté*, n. 72, et *Traité des personnes et des choses*, n. 252.

(2) Bugnet sur Pothier, Notes sur les passages de Pothier sus-indiqués.

(3) En ce sens Troplong, *op. cit.*, I, n. 401; Demolombe, *op. cit*, IX, n. 372 s.; Guillouard, *op. cit.*. I, n. 361 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, § 640, note 2, p. 66. — *Contra* Toullier, *op. cit.*, VI, n. 408 ; Bugnet sur Pothier, *loc. cit.*; Marcadé sur l'art. 1401 s., n. 2 *bis* ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 391 ; Mérignhac, *Traité du régime de communauté*, I, n. 86 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 86.

1° une disposition plus ou moins analogue à celle qui, au point de vue du passif, termine l'article 1409-1°. Il n'a pas décidé que les créances mobilières relatives aux propres seraient elles-mêmes exclues de la masse commune.

272. Nous avons énoncé, chemin faisant, que le droit réel ou personnel restait propre à l'époux, s'il est immobilier.

L'usufruit reste donc propre au conjoint en tant qu'il porte sur un immeuble. Il en est de même des servitudes, et aussi de l'emphytéose. L'opinion qui prévalait déjà en jurisprudence, à l'occasion de ce droit (1), a été définitivement consacrée par la loi du 25 juin 1902.

Mais en est-il ainsi du droit résultant d'un bail à ferme ou à loyer d'un immeuble? Le droit au bail tombe-t-il en communauté? Ceci revient à se demander si ce droit est mobilier ou immobilier. Or, Troplong n'a pas pu faire prévaloir l'opinion d'après laquelle le droit au bail serait un droit réel immobilier (2). L'article 1743 sur lequel il a essayé de baser sa doctrine s'explique différemment. La vérité est, en effet, que le droit au bail à ferme ou à loyer est un droit personnel mobilier. Il s'agit là d'un droit aux fruits ou à l'exécution par le bailleur des diverses obligations de faire énumérées dans l'article 1719 (3).

Nous croyons également que le droit à un bail à colonat partiaire doit être attribué à la communauté, que l'on y voie un bail proprement dit, une société, ou un droit *sui generis*, peu importe. La loi du 18 juillet 1889 sur le code rural (bail à colonat partiaire) n'a pas innové sur ce point.

273. Quant aux droits accessoires d'hypothèque, de gage,

(1) Civ. rej. 26 janv. 1864, S., 64. 1. 91. — Cpr. en sens divers, Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 395 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, II. § 224 *bis*, note 3 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 367 et *Traité du louage*, I, n. 17, 29 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 79.

(2) Troplong, *op. cit.*, I, n. 402, 404.

(3) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 126 : Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, I, p. 111; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 392; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 367 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 222; Huc, *op. cit.*, IX, n. 79. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, I, 2e éd., n° 684 s. Pour Colmet de Santerre, le droit au bail d'un immeuble, constituant un droit personnel immobilier, est exclu de la communauté ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VII, n. 198 *bis*, s., spécialement n. 198 *bis*, IX, p. 293.

d'antichrèse, ils suivent le sort du principal, c'est-à-dire, dans l'espèce, de la créance garantie (1).

274. A côté des créances, il nous faut parler des rentes (2). Il semble que l'attribution des rentes à la communauté ne devrait jamais soulever d'objections. L'article 529 ne déclare-t-il pas meubles toutes les rentes perpétuelles ou viagères, sur l'État ou sur les particuliers, qu'elles aient été constituées à prix d'argent ou pour l'aliénation d'un immeuble ?

275. Il va sans dire que la rente qui serait obtenue pendant la communauté comme prix d'un immeuble propre serait, elle-même, propre en vertu de la règle que toute valeur qui est la représentation légale d'un propre est également un bien propre.

276. Mais cette exception est-elle la seule en dehors des clauses de réalisation contenues au contrat de mariage ? Non.

Nous verrons, en effet, que les valeurs incessibles ne tombent pas en communauté, et il est permis d'observer, en passant, que les rentes viagères constituées à titre alimentaire se trouveront souvent dans ce cas (3).

277. Quant aux rentes sur l'État qui sont insaisissables, elles ne sont pas incessibles. Elles entrent donc dans l'actif commun, si elles n'ont pas été réservées propres dans le contrat de mariage (4).

278. D'autre part, on a vainement essayé de soutenir que les rentes viagères ne devaient entrer en communauté que pour la perception des arrérages seulement, et que le droit à la rente devait toujours être restitué à l'époux aussitôt la

(1) Quant à l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix. V. *infra* I, n. 337.

(2) Jadis les rentes, étant toutes rangées dans la catégorie des immeubles par la plupart des coutumes, spécialement par celle de Paris, ne tombaient pas en communauté. On proposa même, lors de la discussion du code civil, et après leur avoir donné le caractère mobilier, de placer les rentes appartenant aux époux au jour du mariage, au contraire des créances ordinaires, en dehors de l'actif commun. Mais cette opinion, nous l'avons constaté, ne prévalut pas. — V. *supra*, I, n. 60.

(3) V. *supra*, I, n. 60 et *infra*, I, n. 468.

(4) Paris, 13 janv. 1854, S., 54. 2. 209, D., 54. 2. 93.

communauté dissoute (1). Ceci n'est vrai que des rentes incessibles et insaisissables, par exemple des rentes alimentaires (2). Pour les autres rentes viagères, de deux choses l'une, ou elles tombent dans la masse commune en qualité de meubles, ou, par extraordinaire, le droit à la rente a été réservé propre. Dans ce cas, l'article 588 nous prouve, jusqu'à l'évidence, que les arrérages d'une telle rente sont alors assimilés à des fruits, et appartiennent par suite à la communauté. Mais, normalement, ce qui tombe en communauté, c'est le droit de rente viagère lui-même.

279. Ceci posé, que vaut la clause, insérée au contrat de constitution de rente viagère, dans le but de permettre à l'un des époux, sur la tête duquel elle a été constituée, de se l'approprier, après la dissolution de la communauté, avec ou sans récompense ?

Il semble que la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales enlève toute valeur juridique à une telle clause. Les stipulations des époux, leur volonté manifestée au cours du mariage ne peuvent pas, en effet, modifier les conséquences du contrat de mariage, qui, seul, décide si tels biens doivent devenir ou rester propres à l'un ou à l'autre époux. Par un arrêt du 22 février 1893, notamment, la Cour de cassation met bien en relief cette double règle, à savoir que le paiement des récompenses ne peut avoir lieu avant la dissolution de la communauté, et qu'il ne peut être constitué aucun propre en dehors des stipulations du contrat de mariage (3). Ce n'est pas la volonté des parties exprimée durant le mariage qui détermine les propres, mais la loi et le contrat de mariage. Or, d'après le régime matrimonial qu'ont adopté les époux et qu'ils ne peuvent plus changer (art. 1395), la rente doit tomber dans la communauté légale comme valeur mobilière.

Les époux, au cours du mariage, peuvent seulement se faire des donations essentiellement révocables (art. 1096,

(1) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 110.
(2) Req., 30 avril 1362, S., 62. 1. 1036, D., 62. 1. 523.
(3) Civ. cass., 22 fév. 1893, S, 94. 1, 65; Req., 6 avril 1903, S., 1904. 1. 505, note Naquet.

1097). Mais pour attribuer à titre de libéralité au survivant des conjoints la rente viagère constituée sur sa tête, il faudrait avoir la preuve que l'autre époux a eu l'intention de lui faire donation de sa part dans les valeurs communes qui ont servi à constituer la rente, ou dans la rente elle-même. Or cette preuve existera bien rarement.

Si nous supposons, d'abord, la rente viagère constituée sur la tête du mari et à son profit, on est d'accord, en ce cas, pour attribuer la rente à la communauté et pour la faire figurer dans la masse partageable, alors même que le mari survivrait (1). Pourquoi en serait-il autrement si la rente a été constituée sur la tête de la femme, du consentement des deux époux, au cas où le mari n'aurait pas fait donation à sa femme de sa part dans la rente ? Bien plus, il a été jugé, avec raison, que la rente viagère constituée sur la tête des deux époux sans clause de réversibilité de la part du prémourant au survivant est une valeur de communauté (2).

Jusqu'ici les principes sont rigoureusement respectés.

280. Mais la jurisprudence croit devoir se départir de cette rigueur, si la rente est stipulée réversible au profit du survivant.

Il n'est pas cependant possible d'attribuer cette rente en propre au survivant sans se heurter à de graves objections, déduites soit de l'article 1395, soit de l'article 1097.

Il en est qui ont essayé de dire que la clause de réversibilité constituait un contrat à titre onéreux aléatoire entre les époux (3). Mais il est impossible de violer plus directement l'article 1395. Il est évident qu'une semblable clause, considérée comme convention à titre onéreux, modifie le

(1) Angers, 6 mars 1844, D., 45. 2. 56. — Rennes, 16 juin 1841, S., 41. 2. 553. — Rapp. J. Bordeaux, 29 mai 1872, sous Bordeaux, 26 janv. 1874, S., 74. 2. 140. — V. également Bordeaux, 7 fév. 1878, S., 78. 2. 258, D., 79. 2. 124.

(2) Paris, 19 fév. 1864, S., 65. 2. 4, D., 65. 2. 73. — Poitiers, 1er août 1872, S., 72. 2. 203, D., 73. 5. 109. — Un jugement du tribunal de Baugé, du 21 déc. 1872, S., 73. 2. 90, a décidé qu'une rente viagère, acquise de deniers communs et constituée sur la tête des deux époux, même avec clause de réversibilité, constitue un acquêt. — Cpr. Huc, *op. cit.*, IX, n. 85.

(3) Troplong, *op. cit.*, II, n. 1200, *Des contrats aléatoires*, n. 254. — Rennes, 3 janv. 1861, S., 61. 2. 591.

contrat de mariage, en stipulant qu'un bien commun sort de la communauté d'une façon certaine et appartiendra à celui des époux qui aura la chance de survivre à l'autre (1).

Dans une autre opinion, on a soutenu que la constitution de rente viagère réversible contenait une double donation entre époux, chacun d'eux jouant à l'égard de l'autre le double rôle de donateur et de donataire éventuel. Mais, est-ce que précisément l'article 1097 ne déclare pas nulles entre époux les donations mutuelles et réciproques faites par le même acte ? M. Lyon-Caen a répondu que, dans l'espèce, la donation n'était qu'une stipulation pour autrui accessoire au contrat principal de constitution de rente viagère, et que l'article 1973 dispensait une telle stipulation des formes des donations. Or, l'article 1097 est exclusivement relatif aux formes des donations (2). Cette explication, pour ingénieuse qu'elle soit, n'a pas fait fortune; car rien n'est moins prouvé, dans notre hypothèse, que la volonté réciproque des époux de se faire une libéralité.

Aussi l'opinion qui prévaut en jurisprudence est que la rente viagère réversible appartient directement au survivant, sauf à celui-ci à devoir une récompense du profit qu'il tire ainsi de la communauté (3). Sans doute, il est possible que l'idée de libéralité apparaisse ; mais le plus souvent les époux n'auront songé qu'à stipuler chacun pour soi et à son profit (4). Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que le prémourant puisse, *par acte régulier*, exonérer le survivant de l'obligation de payer la récompense (5).

(1) Paris, 31 oct. 1890, D., 94. 1. 337, sous cassation (note Planiol). — Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 9, p. 283, 284; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 219.

(2) Lyon-Caen, Note sous Douai, 31 janv. 1876, S., 77. 2. 33.

(3) Req., 29 avril 1851, S., 51. 1, 329, D., 52. 1. 25. — Req., 16 déc. 1867, S., 68. 1. 118, D., 68. 1. 270 — Civ. cass., 20 mai 1873, S., 73. 1. 339, D., 74. 1. 72. — Paris, 19 fév. 1864, S., 65. 2. 4, D., 65. 2. 73. — Paris, 26 juin 1880, S., 80. 2. 315, D. 81. 2. 207. — Lyon, 6 janv. 1881, S., 84. 2. 146, D., 83. 2. 169. — Civ. cass., 22 oct. 1888, S., 89. 1. 15. — Amiens, 4 avril 1889, S., 89. 2. 164. — Civ. cass., 4 déc. 1894, S., 98. 1. 487. — Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 871 et 951 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 377.

(4) Req., 16 déc. 1867, S., 68. 1. 118, D., 68. 1. 270.

(5) Civ. rej. 24 janv., 1894, S., 94. 1. 288. D., 94. 1. 337 (note Planiol).

La seule manière de justifier cette jurisprudence consiste à dire que chaque époux est libre de stipuler, pour le cas où il survivrait à son conjoint, une rente viagère à lui propre dont il doit fournir le prix sur ses biens personnels, sauf à rembourser la communauté si celle-ci en a fait l'avance. Au fond, la vraie raison est tirée des nécessités pratiques. « Cette clause, dit M. Guillouard (1), permet aux époux qui n'ont qu'une fortune modique, d'assurer au survivant une aisance qu'aucune autre combinaison ne peut lui donner. Lorsque les époux n'ont pas d'enfants, quel emploi meilleur peuvent-ils faire des biens communs que de fournir au survivant des moyens d'existence honorable ? » Soit ; mais ceci suppose, remarquons-le, que le prémourant a eu le soin de dispenser par testament son conjoint de payer une récompense à la communauté. Et puis, cette justification fait défaut si le prémourant laisse des descendants.

281. Quoi qu'il en soit, plus tard, dans la théorie des récompenses, nous verrons sur quelles bases doit être fixée l'indemnité due à la communauté par l'époux qui recueille la rente viagère (2).

282. Signalons, enfin, en terminant, sans y insister, une question qui se rattache à la théorie générale des rentes viagères. La clause de réversibilité doit-elle être expresse ? On admet assez généralement que la rente viagère constituée sur deux têtes peut, dans le silence du contrat, être déclarée réversible au profit du survivant, en raison des circonstances spéciales de la cause révélant l'intention des parties (3).

Mais dans quel sens répondre à la question, en l'absence de toute stipulation et de toute circonstance indicatrice de la volonté des contractants ? La majorité des auteurs tranche le doute dans le sens de la réversibilité. N'est-il pas probable, dit-on, que deux personnes qui vivaient ensemble, par exemple, deux époux, ont entendu que le survivant, dont les besoins croissent avec l'âge, et qui, resté seul, devra recourir à des

(1) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 377.

(2) V. *infra*, I, n. 851.

(3) Guillouard, *Contrats aléatoires*, n. 189 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Contrats aléatoires*, n. 331 s.

soins mercenaires, conserve la totalité de la rente (1) ? Mais ne suppose-t-on point ainsi des circonstances toutes spéciales d'où l'on peut induire, en effet, la volonté de créer une rente réversible (2) ?

283. La controverse renaît avec plus de vivacité encore, à l'occasion des assurances sur la vie (3). L'émolument qu'elles procurent tombe-t-il toujours en communauté ? N'est-il pas au contraire un propre ?

Nous n'essaierons pas d'énumérer, ici, les combinaisons nombreuses auxquelles donnent lieu les assurances sur la vie. Signalons seulement les principales :

Les compagnies d'assurances sur la vie procurent à leurs clients soit des rentes viagères, — nous n'avons rien à ajouter à la théorie qui vient d'être exposée, — soit un capital. Parfois l'assuré contracte une assurance en cas de vie, dans un but personnel, pour se procurer par exemple des ressources pour sa vieillesse. Le plus souvent il songe aux siens, à sa femme, à ses enfants qu'il fait vivre par son travail et dont les ressources seraient gravement amoindries s'il venait à leur être enlevé. C'est de cette dernière hypothèse que l'on traite presque exclusivement quand on parle des assurances sur la vie. Au lieu de stipuler de la compagnie d'assurances, une rente viagère réversible sur la tête du conjoint survivant, le père de famille a stipulé qu'une somme d'argent serait payée après son décès, ou bien au bout d'un certain temps, quinze, vingt ou vingt-cinq ans par exemple. Pour obtenir cette promesse de la compagnie, l'assuré pourrait verser un capital payable en une seule fois. D'ordinaire, il s'oblige à payer tant qu'il vivra une somme annuelle, dite *prime* d'assurance.

(1) Guillouard, *Contrats aléatoires*, n. 189.

(2) Duranton, *op. cit.*, XVIII, n. 134; Laurent, *op. cit.*, XXVII, n. 275; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Contrats aléatoires*, n. 332, 333. — Dijon. 22 janv. 1845, D.. 45. 4. 335.

(3) Cpr. Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 235; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 378; Huc, *op. cit.*, IX, n. 87; Périchon, *Rev. crit.*, 1900, p. 286 s.; Dupuich, *Traité pratique de l'assurance sur la vie*, passim; Wahl, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 20 s. Balleydier et Capitant, *L'assurance sur la vie et la jurisp.* dans le *Code civil, Livre du centenaire*, I. V. surtout p. 560, s. — Une loi du 8 décembre 1904 interdit l'assurance, en cas de décès, des enfants âgés de moins de douze ans.

Nous venons de prévoir l'hypothèse où le mari s'assure au profit de sa femme, de ses enfants. La femme peut également, au cours de la communauté, agissant pour elle avec l'autorisation de son mari, contracter une assurance sur la vie de ce dernier (1). De même, il est possible que les deux époux s'assurent conjointement en faveur du survivant.

On voit que la situation ainsi prévue a la plus grande analogie avec la constitution d'une rente viagère réversible. C'est la communauté qui fournit les primes : pourquoi n'aurait-elle pas le bénéfice de l'assurance? La communauté ne doit-elle pas d'ailleurs profiter de toutes les acquisitions à titre onéreux, mobilières ou immobilières, faites pendant sa durée? Pourtant, ici encore, lorsque le bénéfice de l'assurance est stipulé au profit du conjoint survivant, ou de tout autre tiers, héritier présomptif, descendant, ascendant, collatéral ou étranger à la famille, la jurisprudence tend à considérer que l'émolument de l'assurance est sorti de la communauté par la stipulation même qui a établi cette assurance (2).

Est-il possible de justifier en droit la solution ainsi admise qui, en fait, s'harmonise au mieux avec le but prévoyant poursuivi en contractant l'assurance ? Il est bien évident, en effet, que ce but ne peut pas être atteint, si l'on applique le principe d'après lequel tout traité à titre onéreux passé pendant la communauté par l'un ou l'autre époux profite à cette communauté, à la seule exception des cas où le législateur admet qu'un tel traité peut faire acquérir un propre à l'un des époux. Si le capital promis par la compagnie d'as-

(1) Si la femme contractait une semblable assurance sans autorisation, nous nous trouverions en présence d'un acte entaché de nullité relative, conformément au droit commun. Aussi les compagnies n'acceptent-elles, en fait, les polices signées par une femme mariée qu'avec la mention : ***Bon pour autorisation*** et la signature du mari. — Rapp. Poitiers, 8 nov. 1874, D., 76. 2. 181 et Civ. rej., 15 fév. 1877, D., 77. 1. 342.

(2) Lorsque le bénéficiaire n'est pas désigné, à qui appartient le capital assuré? Par arrêt de cassation du 24 fév. 1902 (S. 1903. 1. 165. D. 1903. 1. 433) la Chambre civile répond que le bénéfice de l'assurance entre en communauté du chef du stipulant qui, par acte de dernière volonté, ne peut en disposer au-delà de sa part dans la communauté. — V. aussi Nancy, 23 janvier 1904. *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 89. Montpellier, 7 mai 1900. D. 1904. 2. 169. Rapp. Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n° 917.

surances tombe dans la communauté, et si cette dernière est mauvaise, la femme renonçante dans l'intérêt de laquelle, supposons-le, l'assurance avait été contractée, va en perdre l'émolument pour le temps de son veuvage. Ce résultat est inadmissible.

Pour étayer la thèse de la jurisprudence, M. Bédarrides, dans ses conclusions rapportées au recueil de Dalloz (1), s'est basé sur les derniers mots de l'article 1437. D'après cet article : « *Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme soit pour acquitter les dettes et charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un immeuble à lui propre ou le rachat de services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et* généralement *toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit récompense* (2). » Il résulte de ce texte, prétend-on, que, sans aucune restriction, un époux peut tirer des biens communs un profit personnel. Or, l'acquisition d'un propre par un époux doit être traitée comme un profit personnel au premier chef. L'article 1437 vise cette acquisition comme tous les autres avantages. On ne peut donc point nier en droit, conclut-on, que l'acquisition d'un propre puisse provenir d'un bien commun.

Qu'il nous suffise d'opposer à cette thèse la réponse qu'elle a suggérée à Labbé (3). « Les causes d'acquisition qui durant la communauté font des propres sont exceptionnelles et limitativement déterminées... Nous voyons qu'un époux peut, en puisant dans la caisse des deniers communs avec le consentement du chef de la communauté, dégrever un propre d'une charge, assurer contre l'incendie un bâtiment dont la valeur dans sa fortune propre sera, le cas échéant, remplacée par le capital de l'assurance, améliorer un bien propre, faire notamment sur un terrain nu une construction qui sera propre... Ce que les époux ne peuvent pas faire, c'est faire pour eux un contrat, principe d'une acquisition nouvelle ; ils ne

(1) D., 77, 1. 224.
(2) V. *infra*, I, n. 834 s.
(3) S., 77. 1. 393 s., p. 397, col. 3.

peuvent pas arbitrairement se créer des propres, acheter avec des biens communs des biens propres à l'un d'eux, sauf récompense à la communauté. » La thèse de M. Bédarrides vient, en effet, se heurter au principe de l'article 1395 et aux prescriptions résultant de l'article 1407 et des articles 1434 et 1435. L'achat d'un immeuble à titre de propre ne serait plus subordonné à une condition de remploi, mais simplement à la volonté de l'époux acquéreur.

Voici, d'autre part, le raisonnement que l'on rencontre souvent dans les décisions judiciaires. Le mari, disent les arrêts, en s'assurant au profit de la femme, ou les époux en s'assurant conjointement en faveur du survivant, ont traité avec la compagnie d'assurances pour acquérir à titre onéreux un capital dont la créance, qui est mobilière, entre dans l'actif de la communauté. Puis, le mari fait donation à sa femme, ou chaque époux fait donation à l'autre, sous condition de survie, du quantum du capital assuré auquel auraient droit ses héritiers à la dissolution de la communauté. Cette donation comprend, au profit de la femme, soit la totalité du capital en cas de renonciation de sa part, soit la moitié seulement de ce capital, la seconde moitié étant encore attribuée à l'épouse en sa qualité de femme commune en biens. La donation ainsi faite par le mari à sa femme demeurera propre à celle-ci, en vertu de l'article 1401-1° *in fine*.

Cette opinion se trouve très nettement formulée, notamment dans un arrêt de la cour d'Amiens du 25 février 1880 (1) : « Considérant que, par le contrat d'assurance, T.., en échange de son obligation de payer les primes, acquérait contre la compagnie une créance ferme, dont l'époque du paiement était seule incertaine ; que cette créance acquise durant le mariage, sous le régime de la communauté d'acquêts faisait évidemment partie du mobilier de la communauté ; — Considérant qu'aux termes de l'article 1422, le mari peut disposer des effets mobiliers de la communauté à titre gratuit et particulier au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit ; — Considérant que la généralité des

(1) Sous cass. S., 81. 1.337 ; D. 82. 1. 99.

termes employés implique le droit pour le mari de disposer à titre gratuit des effets mobiliers au profit de sa femme aussi bien qu'au profit d'un tiers, sauf, bien entendu, la faculté pour lui de révoquer la disposition jusqu'à la dissolution du mariage... » S'il s'agit, d'autre part, d'une assurance contractée par les deux époux au profit du survivant, et si l'on oppose qu'il y a là un acte contenant des stipulations de libéralités mutuelles auxquelles vient faire obstacle l'article 1097, on répond, pour écarter l'objection, que l'article 1097 se réfère à la forme des donations. Or, ce texte n'est nullement applicable aux donations qui, faites accessoirement à un contrat principal à titre onéreux, sont affranchies des formes habituelles des donations (1).

A supposer exact cet argument que nous avons déjà rencontré à propos de la rente viagère réversible (2), bien des objections se dressent encore devant cette doctrine. L'article 1395 ne la ruine-t-il pas ?

Ne serait-il pas plus exact de penser que le droit de créance pour le bénéficiaire ne prend pas naissance pendant le mariage, mais seulement à une époque où il n'y a plus de communauté, c'est-à-dire au décès du stipulant ?

C'est là d'ailleurs ce qui semble se dégager de certaines décisions judiciaires.

Si l'on se reporte à un arrêt de la cour de cassation du 2 juillet 1884 (3), on y lit ce qui suit : « Attendu, en droit, que le contrat d'assurances sur la vie, par lequel il est purement et simplement stipulé que, moyennant le paiement de primes annuelles, une somme déterminée sera, à la mort du stipulant, versée à une personne spécialement désignée, a pour effet, au cas où le contrat a été maintenu par le paiement régulier des primes, d'obliger, à la mort du stipulant, le promettant à verser le capital assuré entre les mains du tiers désigné et

(1) V. et cpr. Civ. rej., 28 mars 1877, S., 77. 1. 393. — Paris, 1er août 1879, S., 80. 2. 249. — Req., 2 mars 1881, S., 81. 1. 145. — Civ. cass., 16 janv. 1888, etc., S., 88. 1. 121. — Amiens, 31 janv. 1889, D., 91. 2. 9 ; Amiens, 18 mai 1897. S., 1901. 2. 12 ; Amiens, 4 août 1898. S., 1901. 2. 11; Douai, 16 janvier 1897. S., 1901. 2. 9 et la note.

(2) V. et cpr. *supra*, I, n. 280.

(3) Civ. rej., 2 juill. 1884, S., 85. 1. 5.

de *créer, à ce même instant,* au profit du tiers bénéficiaire, *un droit de créance contre le promettant* ; — Attendu que ce droit est personnel au tiers bénéficiaire, ne repose que sur sa tête et ainsi ne constitue pas une valeur successorale ; qu'en effet, le capital assuré n'existe pas dans les biens du stipulant durant sa vie, *puisque ce capital ne se forme et ne commence d'exister que par le fait même de la mort du stipulant... ;* — Attendu que, dans ces conditions, il est impossible de dire que la somme qui doit être versée par le promettant au bénéficiaire, après la mort du stipulant, ait été la propriété de ce dernier au moment de son décès, et conséquemment se trouve dans sa succession... » (1).

Pour justifier en droit cette solution, M. Thaller (2) a fait un raisonnement, que l'on accusera peut-être d'être un peu spécieux, mais qui a du moins le mérite de ne froisser aucun des principes fondamentaux du régime de communauté, et d'atteindre le but que l'on s'est proposé dans le contrat d'assurances sur la vie entre époux communs. D'après cet auteur, grâce au contrat d'assurance, le stipulant acquiert contre la compagnie assureur une action par laquelle, à son décès, l'assureur se trouvera obligé d'offrir au bénéficiaire désigné le montant du capital assuré. Ce sera à l'acceptation de cette offre seulement qu'un droit au capital assuré prendra naissance au profit du bénéficiaire de l'assurance. Dès lors, la créance du capital contre la compagnie assureur n'apparaissant qu'à la mort de l'assuré, le droit exclusif de propriété du bénéficiaire sur le capital assuré se trouve nettement établi. Cette créance n'aura pas pu servir de gage aux créanciers du stipulant. L'action ainsi acquise contre la compagnie moyennant le paiement des primes sorties de la caisse commune tombera dans la communauté. Si la femme accepte cette communauté, elle y trouvera l'action qu'elle pourra exercer.

(1) Rapp. et cpr. Aix, 24 mars 1886, D., 87. 2. 214. — Besançon, 2 mars 1887, D., 88. 2. 4. — Riom, 8 juill. 1890, S., 91. 2. 185. — Paris, 30 avril 1891, S., 91. 2. 189. — Alger, 17 oct. 1892, S., 93. 2. 137. — Civ. rej., 29 juin 1896, S., 96. 1. 361 et les nombreuses références. V. également Pinchon, *Rev. critique*, 1898, p. 619 s.

(2) V. Dalloz, 88. 2. 1.

Si elle y renonce, la compagnie agira de bonne grâce vis-à-vis de la femme, car elle a un intérêt moral considérable à l'exécution de l'engagement qu'elle a pris. En somme « la compagnie pour se mettre en règle avec ses engagements doit, le souscripteur une fois mort, se révéler au tiers et lui poser une offre du capital assuré que le bénéficiaire acceptera ; *alors, mais alors seulement*, s'établira entre l'assureur et le tiers un rapport contractuel sans nulle interposition, une dette et une créance ayant pour objet la somme assurée dans la police et qui n'a jamais figuré dans le patrimoine de l'assuré. Jusque-là l'offre ne tient pas encore, la créance qu'elle doit engendrer n'existe pas ; ce qui existe, c'est le droit de l'assuré de contraindre la compagnie à poser l'offre au tiers au moment opportun. »

Telles sont les principales doctrines. Il en est beaucoup d'autres, qu'il nous a paru inutile de faire connaître ici.

Quoi qu'il en soit, l'époux qui a ainsi procuré le bénéfice de l'assurance peut être tenu, envers la communauté, d'une récompense dont nous déterminerons plus tard la quotité (1).

Nous avons cru devoir nous appesantir quelque peu sur le contrat d'assurance sur la vie dans ses rapports avec la communauté, parce qu'il s'agit là d'une matière très pratique, les contrats de cette nature étant devenus fréquents à notre époque.

284. Reprenant la liste des valeurs qui composent l'actif de la communauté, nous arrivons aux dons de fortune.

La communauté comprend tous les biens meubles. Il s'ensuit qu'elle englobe toutes les sommes d'argent que l'un ou l'autre des époux acquiert par don de fortune ou du hasard.

Les enrichissements dus au hasard sont : le trésor, les bénéfices du jeu ou d'une loterie, les primes et lots attachés à certaines obligations.

285. En ce qui concerne le trésor, il n'est pas douteux que la partie attribuée *jure inventionis* à l'époux qui l'a découvert tombe en communauté. Mais on est au contraire divisé quand il s'agit de décider du sort de la moitié du trésor

(1) V. *infra*, I. n. 853.

appartenant *jure soli* à l'un des conjoints, comme propriétaire du sol où il a été découvert.

Le trésor est un meuble, tout le monde le reconnaît. On est également unanime pour constater que le trésor n'est point un *fruit*. Le débat porte uniquement sur ce point : Le trésor, sans être un *fruit*, n'est-il pas un *produit* du fonds, devant rester propre à l'époux en vertu de l'idée qu'il s'agit là d'une partie d'un de ses propres, de quelque chose, comme disait Pothier, qui est provenu de l'héritage propre (1) ? Oui, répondent beaucoup d'auteurs (2). D'autres interprètes, répudiant la doctrine de Pothier pour accepter celle jadis soutenue par Lebrun (3), déclarent que le trésor ne fait point partie du fonds où il a été trouvé. Il y conserve une individualité propre et n'est qu'un don de fortune auquel il convient d'appliquer l'article 1401-1°. Il est, en effet, impossible, à notre avis, d'assimiler le trésor à un *produit* représentant une partie de la valeur vénale du fonds, comme les matériaux extraits d'une carrière de sable, de pierre, de marbre, de phosphate, etc., ou comme des bois de haute futaie non aménagés (4).

286. D'autre part, il faut attribuer sans hésitation à la communauté tous les gains provenant de jeux, paris, loteries, sans que nous ayons à voir maintenant si les bénéfices de certains jeux d'adresse ne se rattachent pas plus à l'industrie qu'au hasard (5). C'est seulement en matière de communauté d'acquêts qu'il importe, nous le verrons, d'établir une distinction précise entre les produits de l'industrie, qui tombent en communauté, et les acquisitions à titre gratuit ou

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 96, 97 et 98.

(2) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 133 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 28, p. 289 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 21 *bis*, VI ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 364, 394.

(3) Lebrun, *Communauté*, liv. I, ch. v, sect. II, n. 23.

(4) Troplong, *op. cit.*, I, n. 417 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 454 ; Demolombe, *op. cit.*, XIII, n. 44 ; Bugnet sur Pothier, *Traité de la communauté*, n. 98, note 2 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 228 ; de Folleville. *op. cit.*, I, n. 165 *bis* ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 558 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 78.

(5) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 455, 456 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 364.

celles qui sont de purs dons de fortune, lesquelles restent propres à l'époux qui les a faites (1).

287. Nous aurons de même à examiner plus tard, si les primes attachées aux obligations de chemins de fer, si les lots dépendant de certaines obligations, telles que celles de la ville de Paris ou du Crédit foncier, sont une partie intégrante du capital exclu de la communauté d'acquêts (2). En cas de communauté légale, il n'est pas contestable que les primes et lots en fassent partie en même temps que les obligations qui leur donnent occasion.

288. Avec les produits du travail ou de l'industrie de l'un ou de l'autre des époux, nous abordons une nouvelle série de questions.

La communauté acquiert-elle tous les gains réalisés par le travail, l'industrie ou le commerce des époux? Acquiert-elle les salaires, honoraires, appointements, traitements, pensions, bénéfices des spéculations? Les fonds de commerce, les clientèles de médecins, les offices ministériels tombent-ils en communauté? En est-il de même de la propriété littéraire, artistique ou industrielle?

288 *bis*. Parlons d'abord des produits du travail, du commerce ou de l'industrie de l'un et de l'autre des conjoints. Que la masse commune s'en enrichisse, rien n'est plus certain.

Ces produits sont meubles; ils tombent comme tels dans la communauté s'ils existent déjà lorsqu'elle commence. Il ne faut pas, en effet, s'inquiéter de l'origine des biens, mais seulement de leur nature mobilière ou immobilière pour savoir, parmi les biens présents, lesquels restent propres, lesquels deviennent communs.

D'autre part, si ces produits sont réalisés pendant la communauté, leur origine est une raison de plus pour les faire entrer dans la masse commune. Ils en font partie même si la communauté est réduite aux acquêts. D'après l'article 1498, en effet, les biens meubles ou immeubles provenant de

(1) V. *infra*, II, n. 1283 s.
(2) V. *infra*, II, n. 1286.

l'industrie des époux sont des acquêts de communauté (1).

Les produits du travail des conjoints serviront d'ailleurs souvent à faire vivre la famille. Ils seront alors traités comme une branche de revenus et tomberont en communauté, quelle que soit leur appellation, salaires, appointements, arrérages de pension, etc. (2).

289. Il est à peine besoin de constater aussi qu'un époux serait non recevable à invoquer sa propre turpitude et à réclamer, comme propres, les bénéfices qu'il aurait personnellement réalisés par des procédés immoraux ou illicites (3).

Occupons-nous désormais de certains biens incorporels créés par l'industrie des époux.

Les fonds de commerce — achalandage, matériel d'exploitation, droit au bail — tombent certainement en communauté comme valeurs mobilières (4). Nous admettons, sans hésiter, qu'il en sera de même d'un cabinet d'affaires, de l'officine et de la clientèle d'un pharmacien, et même de la clientèle d'un médecin en tant qu'elle est cessible (5).

Mais que convient-il de décider relativement à l'office du notaire, de l'avoué, de l'huissier, etc. (6)?

(1) V. *infra*, II, n. 1278 s.

(2) Plus tard, en parlant des droits ou pouvoirs de la femme sur les biens communs, nous dirons un mot tant du droit attribué, par des lois spéciales, à l'épouse d'avoir un livret personnel de caisse d'épargne, que des propositions de lois qui tendent à lui réserver la libre disposition des produits de son travail. V. *infra*. I, n. 682 s,, spécialement n. 686 à 698.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 439; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 154; Labbé. Note sous Civ. rej., 5 fév. 1873, S., 73. 1. 289; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 381; Huc, *op. cit.*, IX, n. 79.

(4) Metz, 3 juin 1841 joint à Req., 29 nov. 1842, S., 42. 1. 899, Req., 24 mars 1903. S. 1904. 1. 137. *G. Pal.* 1903. 1. 714. — Rodière et Pont, op. *cit.*, I, n. 452; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 380.

(5) Le médecin qui survit à la dissolution de la communauté ne peut être dépouillé de sa clientèle. Elle n'est pas cessible sans son consentement.

(6) Dans l'ancien droit, on distinguait la finance de l'office et la pratique. La finance était immeuble et ne tombait pas en communauté, lorsque le mari était titulaire de l'office au moment du mariage. S'il acquérait un office au cours de la communauté, cet office était un conquêt; mais la jurisprudence accordait à l'officier, en cas de survie, le droit de le retenir si bon lui semblait, à la charge de récompenser la communauté du prix que l'office avait coûté (Pothier, *Traité de la communauté*, n. 663).

On a soutenu que l'office ministériel restait propre à son titulaire, c'est-à-dire au mari.

Il convient à cet égard de bien s'entendre. Nous concédons volontiers que les héritiers de la femme n'ont pas le droit de considérer le titre lui-même comme un bien commun, et d'exiger que le mari se démette de ses fonctions au profit d'un tiers qui offrirait de l'office un prix plus élevé que l'estimation consentie par ledit époux. Mais, réciproquement, on devra bien nous accorder que la communauté acquiert les honoraires ou émoluments des actes réalisés pendant sa durée. On nous concède aussi que le mari devra récompense à la communauté des sommes qu'il a payées, au cours de cette communauté, comme prix de son office. Mais cette dernière concession faite, on veut s'en tenir là.

D'abord, le mari garderait comme propre le prix de l'office acquis et payé avant la célébration du mariage. Puis, quant à l'office acquis durant le mariage, sans doute le mari rembourserait à la communauté le prix d'acquisition qu'elle a fourni, mais il conserverait toute la plus-value. En effet, dit-on, la vénalité des offices, supprimée par l'article 7 du décret du 4 août 1789 et par les décrets des 30 octobre et 10 décembre 1790, n'a pas été rétablie par l'article 91 de la loi de finances du 28 avril 1816. L'office n'est pas dans le commerce. Sa valeur représente les qualités morales et l'activité intellectuelle de celui qui l'a géré (1).

290. Cette argumentation ne nous paraît pas fondée. D'après nous, la valeur totale de l'office comprenant tout à la fois sa valeur primitive et la plus-value qu'il a pu acquérir au cours de la vie commune, soit à raison de l'augmentation naturelle des offices, soit par suite du talent et de l'activité du titulaire, tombe dans l'actif de la communauté légale. Celle-ci comprend, en effet, tous les biens mobiliers présents et à venir des conjoints. Le mari survivant à la communauté devra donc, — à moins qu'il ne préfère céder l'office à un successeur qui en devrait le prix à la masse

(1) Cpr. Labbé, Note dans S., 1881. 1. 49, 50 et 51, sous Req., 6 janv. 1880.

commune, — payer lui-même à la communauté une récompense égale à la valeur actuelle de son office.

On objecte que l'office n'est pas un bien dans le commerce. Sans doute il ne peut être cédé que sous le contrôle du gouvernement, à l'amiable, par l'exercice d'un droit de présentation. Mais la jurisprudence ne s'y est pas trompée. Elle a vu là un rétablissement partiel de la vénalité des charges. La loi assujettit cet acte de cession au droit de mutation des ventes mobilières (1). Aussi n'a-t-on pas hésité à en conclure qu'il engendrait le privilège du vendeur d'effets mobiliers (art. 2102-4°) (2).

291. Mais nous croyons que, malgré l'adoption pure et simple du régime de communauté légale, le mari pourrait acquérir, en remploi d'un propre aliéné, un office qui, dès lors, lui serait propre.

292. La propriété littéraire, a donné lieu, elle aussi, à une controverse délicate.

On a soutenu que, par sa nature, ce droit était inséparable de la personne de l'auteur tant que celui-ci existe. Tel serait le sens de l'article 1er de la loi du 19 juillet 1793, et même de l'article 1er de la loi du 14 juillet 1866 (3).

Il faut, en effet, concilier en cette matière deux intérêts parfois opposés : celui de la communauté, — qui a droit à tous les produits pécuniaires du travail des époux, — et celui du

(1) Loi du 25 juin 1841, art. 6 et s.

(2) La majorité des auteurs est dans le sens de notre doctrine, de même que la jurisprudence : V. Toullier, *op. cit.*, XII, n 112; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 130; Battur, *Traité de la communauté de biens entre époux*, 1829, I, n. 186; Troplong, *op. cit.*, I, n. 412, 427 s.; Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1401, n. 5; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 448 s.; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 12, p. 285; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 21 *bis*, I; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 255; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 379; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 640, note 3, p. 66; Huc, *op. cit.*, IX, n. 81; Planiol, *op. cit.*, I, 3e édit., n. 2246 et III, 2e édit., n. 917. — V. et cpr. Douai, 15 nov. 1833, S., 34. 2, 189. — Agen, 2 déc. 1836, S., 37. 2. 309. — Paris, 23 juill. 1840, S., 40. 2. 401. — Civ. cass., 4 janv. 1853, S., 53. 1. 468, D., 53. 1. 73. — Paris, 21 avril 1857, S., 57. 2. 249. — Riom, 28 mars 1859, S., 60. 2. 30, D. 60. 5. 66. — Douai, 20 déc. 1862, S., 64. 2. 109. — Req., 6 janv. 1880, S., 81. 1. 49, D., 80. 1. 361.

(3) Renouard. *Des droits d'auteur*, p. 251; Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales de code Napoléon*, I, n. 274 s.; Pouillet, *De la propriété littéraire*, n. 184 s. — Cpr. *France judiciaire*, 1900, I, 157 s.

conjoint auteur de l'œuvre qu'il doit rester maître de publier, de modifier à sa guise ou même de ne pas rééditer, s'il le préfère dans l'intérêt de sa réputation (1).

C'est ce dernier principe qui a dicté cette solution, unanimement admise, que les manuscrits, non encore édités au moment où la communauté se dissout, restent propres à leur auteur ou à ses héritiers. On les assimile à des papiers de famille sans valeur pécuniaire actuelle. Ils ne valent que par les souvenirs qu'ils rappellent; leur valeur est purement morale. Les œuvres littéraires ne revêtent en effet leur valeur pécuniaire que par la publication (2).

Mais nous ne croyons pas qu'il faille conclure de là que le droit de propriété littéraire lui-même reste propre à son auteur (3). Déjà la solution était fort discutable avant la loi du 14 juillet 1866. Il résultait de l'article 39 du décret sur la librairie en date du 5 février 1810 que l'auteur et sa veuve avaient, pendant toute leur vie, le monopole des œuvres littéraires; mais, pour la veuve, le texte ajoutait : « Si les conventions matrimoniales lui ont donné ce droit. » De là, quelques auteurs avaient conclu qu'il fallait une convention pour que la propriété littéraire tombât en communauté. Cet argument de texte, à notre avis, n'était pas bon, car, dans le décret de 1810, l'expression les *conventions matrimoniales* doit s'entendre tout aussi bien de la communauté légale que de la communauté conventionnelle.

Aujourd'hui, la solution fort contestable que nous venons de rappeler nous paraît encore moins soutenable depuis la loi du 14 juillet 1866. Malgré le peu de fermeté de la doctrine

(1) Cpr Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 132; Troplong, *op. cit.*, I, n. 434; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 444.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 445; Demolombe, *op. cit.*, IX, n. 439; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 383; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 640, n. 12, p. 69; Arntz, *op. cit.*, III, n. 557. — V. cep. jugement Nantes, 13 juin 1898, *Gaz. Pal.*, 1898 2. 30.

(3) V. Marcadé sur l'art. 1401, n. 5; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 441; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 2, p. 284; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 155; Laurent, *op. cit.*, V, n. 512; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 382; Huc, *op. cit.*, IX, n. 80; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n° 917. — V. cep. et cpr. *Fr. jud.*, 1900. 1. 157 s.

qui a inspiré l'article premier de cette loi, il n'est guère douteux que la propriété littéraire ait été considérée comme un droit pécuniaire et mobilier tombant, par cela même, dans la communauté légale. On avait songé d'abord à réserver ce droit à l'auteur et à ses héritiers si son conjoint mourait le premier, et, dans le cas contraire, à l'attribuer au conjoint survivant. Puis on s'aperçut, au cours de la discussion, que c'était faire bon marché des principes de la communauté conjugale, et que le droit de collaboration, que l'on croyait proclamer pour la première fois, était consacré par nos vieilles traditions coutumières d'une façon beaucoup plus générale (1).

Quoi qu'il en soit, la loi de 1866, dans son article 1er, accorde au conjoint de l'auteur, et non pas seulement à la veuve, la jouissance, dans les limites de la quotité disponible, du droit d'auteur appartenant à son conjoint prédécédé. Le texte ajoute que le conjoint a cette jouissance pendant cinquante ans, « *indépendamment des droits qui peuvent résulter pour lui du régime de communauté.* » Ce texte montre donc bien que le droit de propriété littéraire tombe en communauté. Ce qui explique les résistances, ce sont les conséquences singulières auxquelles conduit l'application de ce principe. Un auteur décède ; son conjoint a en propriété la moitié du droit de propriété littéraire, car ce droit est tombé en communauté. Il a, de plus, la jouissance de l'autre moitié pendant cinquante ans. Mais supposons que ce soit l'auteur qui ait survécu. Le droit de propriété littéraire étant tombé en communauté, voilà cet auteur qui va partager avec les héritiers du conjoint prédécédé, et, dans ce cas, il n'y a plus à parler du droit de jouissance. L'auteur a donc moins que son conjoint. C'est pour cela qu'on a été amené à prétendre que, bon gré, mal gré, le droit de propriété littéraire ne devait pas tomber en communauté.

La jurisprudence a parfois consacré cette solution (2). Nous

(1) Sirey, *Lois annotées de 1866*, p. 53, col. 3 ; p. 93, col. 2.

(2) Paris, 3 avr. 1884, S., 84. 2. 120. — Paris, 1er fév. 1900 (concl. contr. de M. l'av. gén. Jacomy), *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 361, *Fr. jud.*, 1900. 2. 166, S., 1900. 2. 121 note Saleilles ; arrêt cassé le 25 juin 1902, S., 1902. 1. 305, D. 1903. 1. 5.

préférons nous rallier à la thèse opposée, mieux en harmonie, nous semble-t-il, avec la loi du 14 juillet 1866 et qui, d'ailleurs, a été, elle aussi, consacrée par divers monuments de jurisprudence (1).

Pour nous, peu importe qu'il s'agisse d'œuvres composées et parues avant le mariage, d'œuvres composées avant la célébration et publiées seulement depuis, ou d'œuvres tout à la fois composées et publiées au cours de la communauté légale, cette dernière encaissera les produits provenus, pendant sa durée, de l'exploitation du droit de propriété littéraire. Il n'y a pas d'ailleurs d'intérêt à rechercher, sous le régime de la communauté légale, si ces produits sont ou non des fruits ou des acquêts. Leur qualité de meubles suffit ici pour les faire entrer dans la masse commune.

Ce que nous venons de dire des produits perçus durant la communauté, devons-nous le dire de la propriété littéraire elle-même, c'est-à-dire du droit de publication, et spécialement de la faculté d'éditer à nouveau l'œuvre dont il s'agit après la dissolution de la communauté ? Pour soutenir et juger le contraire, on a présenté le droit de propriété littéraire comme un droit *sui generis* exclusivement régi par des lois spéciales, qui le placeraient en dehors de la classification des biens en meubles et immeubles, et des principes du droit commun écrits dans les articles 1401 et 1498 du code civil. Quelques-uns tendraient même à y voir un droit essentiellement personnel. Mais n'est-il pas cessible ? Pourquoi la communauté ne pourrait-elle pas être mise aux lieu et place du conjoint auteur, aussi bien qu'un éditeur ? D'autre part, la loi de 1866, — nous venons de le voir, — ne réserve-t-elle pas expressément les droits résultant du régime de communauté, loin de les exclure ? Toutefois, le conjoint auteur d'une œuvre littéraire, doit, après la dissolution de la communauté, conserver le droit de reviser son œuvre, de l'améliorer. Allons plus loin. Il est légitime, en

(1) Req., 16 août 1880, S., 81. 1. 25 (note Lyon-Caen), D., 81. 1. 25. — Paris, 21 ou 18 juin 1883, S., 83. 2. 226; Civ. cass., 25 juin 1902, S., 1902. 1. 305, note Lyon-Caen, D., 1903. 1. 5, note A. Colin, *G. Pal.*, 1902. 2. 129 ; Pandectes, 1902. 1. 489. — Cpr. Huc, *op. cit.*, IX, n. 80.

s'inspirant de l'esprit qui a dicté la loi de 1866, de reconnaître à l'auteur d'une œuvre littéraire la faculté de se la faire attribuer exclusivement lors du partage, sauf à payer de ce chef à son conjoint ou à ses héritiers, à dire d'experts, une soulte ou récompense.

293. La communauté légale acquiert aussi la propriété industrielle sous toutes ses formes, brevets d'invention, marques et dessins de fabriques, noms et enseignes qui sont le complément des fonds de commerce.

294. Quant à la propriété artistique, elle est régie par les mêmes principes que la propriété littéraire (1).

Réservons, comme nous l'avons fait à l'occasion de celle-ci, la liberté pour l'auteur d'apprécier l'opportunité de l'exercice du droit de reproduction. Cette appréciation peut être fort importante, quand il s'agit d'autoriser la reproduction ou la multiplication des reproductions d'un tableau ou d'une œuvre de sculpture par les procédés si nombreux à notre époque, et de valeur artistique si inégale. Ajoutons que la valeur vénale de l'original peut, dans certains cas, en recevoir atteinte.

295. Une difficulté peut enfin s'élever sur le partage des bénéfices résultant d'une série d'opérations commerciales ou industrielles commencées pendant la communauté, mais achevées seulement après sa dissolution.

On considère que le conjoint survivant, administrateur de la communauté, ne peut pas prélever sur la masse partageable, comme appartenant à lui seul, les bénéfices qu'il a pu réaliser depuis la dissolution de la communauté, s'ils ne sont pas le produit de son industrie propre et d'opérations nouvelles et distinctes, mais simplement la suite, en quelque sorte nécessaire et indivisible, des marchés passés durant la communauté.

En vertu de cette règle, on a attribué à la communauté tous les bénéfices d'un marché de travaux publics que la femme avait mené à fin après la mort de son mari, et même

(1) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 131 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 445 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 382 *in fine* ; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n. 917.

le produit de la continuation de la gestion normale d'un fonds de commerce (1) ; tandis qu'on a laissé au mari survivant le produit de son travail propre et de ses connaissances techniques qui, dans la gestion d'une usine, lui avaient permis d'engager des opérations nouvelles (2).

§ II. *Fruits des biens propres des époux.*

296. L'article **1401-2°** attribue à la communauté, pendant sa durée, les fruits des biens propres des époux. Toute communauté a, en effet, une sorte de droit d'usufruit ou droit de jouissance légale sur les biens dont elle n'acquiert pas la propriété.

Les fruits et revenus qu'elle acquiert ainsi sont des meubles : aussi le législateur les place-t-il dans l'article **1401**, à la suite des meubles. On ne saurait d'ailleurs lui faire grief de les avoir énumérés séparément. En effet, lorsque la communauté est réduite aux acquêts, les fruits des biens propres des époux tombent dans la masse commune, tandis que les meubles présents ou futurs de ceux-ci en sont exclus, à moins de constituer des acquêts (3).

A un autre point de vue, cette distinction est encore utile. Tout ce qui provient des biens propres reste propre aux époux à moins d'appartenir à la communauté à titre de *fruits*, en vertu de son droit de jouissance (4).

Quoi qu'il en soit, cette sorte de droit d'usufruit appartenant à la communauté est le juste équivalent de l'obligation qui lui incombe de subvenir à toutes les charges du ménage (art. **1409, 3°, 4°** et **5°**). La communauté percevra tous les revenus. Mais elle supportera toutes les dépenses auxquelles

(1) Civ. rej., 28 avril 1884, S., 86. 1. 294, D., 84. 1. 329. — Civ. cass., 11 mars 1891, S., 91. 1 264, D., 91. 1. 295. — Cpr. Paris, 21 fév. 1893, S., 94. 2. 199. — Huc, *op. cit.*, IX, n. 96.

(2) Civ. rej., 24 nov. 1869, S. 70. 1. 72. D., 70. 1. 25. Rappr. Req. 6 janv. 1880. S., 81. 1. 49. D. 80. 1. 361 ; J. Seine, 13 mai 1904. *G. Pal.* 1904. 2. 48.

(3) V. *infra*, II, n. 1263, 1270 s.

(4) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 204 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 461 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 32 s., p. 290, 291 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 406 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 103. — V. *infra*, I, n. 472.

on fait face avec ces revenus. S'il est fait des économies, celles-ci constitueront des acquêts (arg. de l'art. 1498). Chacun des époux est ainsi intéressé à contribuer, par son esprit d'ordre, à la conservation et à l'augmentation du fonds commun.

297. Le droit de jouissance de la communauté sur les biens propres meubles ou immeubles des époux, n'est pas un véritable droit d'usufruit, d'autant mieux que la communauté n'est pas une personne civile (1). Ce droit de jouissance est, sans doute, régi par les règles ordinaires de l'usufruit ; mais celles-ci sont modifiées par deux principes complémentaires. Les voici :

Le premier principe est que, durant la communauté, il ne peut pas dépendre de la volonté des époux d'enrichir l'un des trois patrimoines que ce régime met en présence au détriment des deux autres ou de l'un d'eux.

Quant au second principe, il tient à ce qu'il ne s'agit point là d'un usufruit véritable, mais d'un droit de jouissance légale présentant grande analogie avec le droit de jouissance légale qui appartient aux père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans (art. 384 s.).

De là toute une série de ressemblances et quelques différences entre le droit de jouissance de la communauté et l'usufruit proprement dit.

298. Voyons d'abord les ressemblances.

1° Il va sans difficulté que l'on appliquera, dans notre cas, les règles de l'usufruit pour déterminer ce qu'est un fruit. La distinction entre les fruits et les produits qui ne sont pas des fruits est, en effet, gouvernée, sous le régime de la communauté, par le droit commun en matière d'usufruit.

2° Si l'un des époux a en propre une valeur rentrant dans la catégorie des choses qui se consomment *primo usu*, la communauté en devient propriétaire. Son droit de jouissance s'exerce comme un quasi-usufruit (art. 587). Nous ne saurions insister sur ce droit, malgré les difficultés si graves qui peuvent s'élever à l'occasion des denrées réservées propres,

(1) V. *supra*, I, n. 249, 250.

des cheptels des exploitations agricoles et, en général, des immeubles par destination.

3° Le droit de la communauté n'est pas limité aux fruits et revenus des biens propres ; il s'étend aussi à leur usage. Donc la communauté qui, ayant perçu le loyer d'une maison appartenant à l'un des conjoints, ne devrait, de ce chef, aucune récompense, n'en devra pas davantage si cette maison a servi à l'habitation commune.

4° La communauté a droit à tous les fruits *perçus* ou *échus* pendant sa durée. Cette formule que l'on rencontre dans l'article 1401-2° est un rappel évidemment intentionnel de la règle d'après laquelle les fruits naturels ou industriels s'acquièrent par la perception, tandis que les fruits civils s'acquièrent jour par jour (art. 585-586). C'était la règle coutumière, la règle traditionnelle des pays de communauté. Les pays de dotalité eux, avaient adopté cet autre principe, dont il faut reconnaître la supériorité, à savoir que tous les fruits sans distinction s'acquièrent jour par jour. Il est consacré, pour le régime dotal, par l'article 1571 (1).

Dans la revision projetée de notre code civil, il serait bon, à notre avis, de généraliser cette règle de l'article 1571. Il est, en effet, fâcheux d'introduire l'aléa en pareille matière. Pothier (2) signalait déjà comme regrettable que telle communauté, qui n'a duré que quelques mois, doive, au hasard, la totalité de la coupe d'un bois taillis, par exemple, qui n'est abattu que tous les dix ans, tandis que telle autre communauté peut n'avoir aucun droit sur les produits de ce genre, parce qu'il n'y a eu aucune coupe à faire pendant les sept ou huit années qu'elle a duré.

Une autre raison, non moins grave, qui justifierait l'innovation que nous souhaitons voir apporter dans la loi, mérite elle aussi, d'être signalée. Si le législateur ne doit pas présumer la fraude, il la doit encore moins provoquer par l'appât d'un gain trop facile, ou, si l'on trouve le mot fraude trop sévère, il ne doit pas accorder trop d'avantages à ceux qui

(1) V. *infra*, III, n. 1642, 1922, 1923.
(2) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 207.

se souviennent à propos de l'adage : *Jura vigilantibus prosunt*. Une maladie incurable ou la vieillesse permettent souvent de prévoir la fin d'un usufruit. Or, à l'aide d'un bail consenti juste à temps, la presque totalité de la récolte est ravie à ceux qui, sans cette précaution, l'auraient intégralement recueillie, comme propriétaires, dès le lendemain de l'extinction de l'usufruit. Nous trouvons là une conséquence de l'innovation par laquelle notre législateur a fait passer les fermages dans la classe des fruits civils.

En tout cas, la communauté a droit à tous les revenus acquis à l'un des époux à quelque titre que ce soit (1), propriétaire (2), usufruitier (3), créancier d'une rente viagère (4). Elle a même droit aux intérêts du prix d'une vente de nue propriété faite durant le mariage (5).

299. Nous venons de constater ainsi les points de ressemblance nombreux entre le droit de jouissance qui appartient à la communauté et le droit d'usufruit ordinaire. Dans les développements qui vont suivre, quelques différences importantes vont apparaître entre les deux droits.

Aux termes de l'article 1403, alinéa 1er : « *Les coupes de « bois et les produits des carrières et mines tombent dans la « communauté pour tout ce qui en est considéré comme usu- « fruit, d'après les règles expliquées au titre de l'Usufruit, « de l'Usage et de l'Habitation.* » L'article 1403 ajoute, dans son troisième alinéa, que : « *Si les carrières et mines ont été « ouvertes pendant le mariage, les produits n'en tombent dans « la communauté que sauf récompense ou indemnité à celui*

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 462, 463 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 241 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 417 ; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n° 975.

(2) Civ. cass., 20 août 1872, S., 73. 1. 5, D., 72. 1. 406. Il résulte de cet arrêt que les revenus d'un immeuble appartenant en propre à l'un des époux en société avec un tiers constituent de véritables fruits, même pour la portion affectée à l'amortissement du prix de cet immeuble par l'acte de société antérieur au mariage ; par suite, l'époux propriétaire doit récompense à la communauté des sommes par lui employées à la libération de son immeuble propre, avec intérêts du jour de la dissolution de la communauté (Lire à ce sujet dans Sirey la note de Labbé).

(3) Paris, 20 lév. 1815, S. chr. — Req., 31 mars 1824, S. chr.

(4) Civ. cass., 10 avril 1851, S., 55. 1. 241, D., 55. 1 177.

(5) Orléans, 27 déc. 1855, S., 56. 2. 614, D., 57. 2. 34.

« *des époux à qui elle pourra être due.* » Il n'y a là que le rappel des principes de l'usufruit à propos des coupes de bois, des produits des carrières et des mines.

Ce n'est pas ici le lieu d'insister sur ces solutions, pour constater qu'il faut éviter une interprétation trop étroite et inintelligente du principe, en prétendant, notamment, que c'est ouvrir une carrière nouvelle que d'étendre l'ancienne à la portion du fonds non encore exploitée ou à un fonds contigu acquis avant le mariage, afin de donner à la carrière plus d'étendue. Nous n'avons pas à reprendre tout l'exposé de la théorie (1).

300. Cette observation faite, donnons quelques indications sur les coupes de bois.

Après avoir rappelé les principes ordinaires de l'usufruit à ce sujet, l'article 1403, alinéa 2 déclare que « *si les coupes « de bois qui, en suivant ces règles, pouvaient être faites « durant la communauté, ne l'ont point été, il en sera dû « récompense à l'époux non propriétaire du fonds ou à ses « héritiers.* » A ce point de vue, il est aisé de voir apparaître une différence avec l'usufruit. En effet, si un usufruitier, qui avait le droit de faire une coupe de bois d'après l'aménagement établi, a négligé de faire cette coupe et décède sans l'avoir faite, il ne sera dû à ses héritiers aucune récompense par le nu-propriétaire (art. 590). Dans notre cas, on fait exception à cette règle et récompense est due. Pourquoi cela ? La raison décisive en est que, autrement, il arriverait que l'un des trois patrimoines juxtaposés pendant la communauté se trouverait enrichi aux dépens d'un autre. On en donne quelquefois un autre motif, en disant que si la coupe qui devait être faite sur le bien propre du mari ne l'a pas été, il pourrait y avoir fraude en prévision de la fin de la communauté. Et s'il s'agit d'une coupe de bois à faire sur un bien propre de la femme, il y aurait, à défaut de la solution donnée par l'article 1403 alinéa 2, un moyen de lui faire une

(1) V. Besançon, 3 mars 1863, D., 63. 2. 49. — Req., 23 fév. 1881, S., 82. 1. 79, D., 81. 1. 315. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n. 603 s. 627.

donation irrévocable. Ces motifs sont secondaires ; le premier est celui qui est essentiel (1).

Il y a donc lieu à récompense. Le montant en est la valeur de la coupe au moment où elle aurait dû être faite. Mais à qui cette récompense appartient-elle ? Le texte de l'article 1403 alinéa 2 dit qu'elle doit être payée au conjoint non propriétaire du fonds : ce serait une récompense de conjoint à conjoint. Mais tout le monde fait remarquer que, sur ce point, la loi ne s'exprime pas exactement. En effet, la récompense est due non à l'époux, mais à la communauté qui devait profiter de la coupe de bois. Cette observation est intéressante à plusieurs points de vue, dont nous nous rendrons compte en étudiant la théorie des récompenses et celle de leur règlement dans la liquidation de la communauté (2).

301. C'est une question délicate de savoir s'il faut appliquer l'article 1403 à une récolte autre qu'une coupe de bois. Les opinions sont divergentes (3). La question est au surplus de minime importance, car fort peu de récoltes en dehors des coupes de bois se prêtent à lui donner un intérêt pratique. A notre avis, l'article 1403 alinéa 2 n'étant que l'application du principe rigoureux écrit à la fin de l'article 1437 (4), nous croyons que le retard certain à faire toute récolte donne lieu à récompense.

302. A l'opposé, la communauté ne devrait pas percevoir des produits auxquels elle n'aurait pas droit (art. 1403, al. 1er et 3). Il faudrait suivre en pareil cas les principes généraux qui la rendraient débitrice d'une récompense (5).

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I. n. 471 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 27 *bis*, I, Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 254 ; Guillouard, *op. cit.*, I. n. 412 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507-2°, p. 292 ; Planiol, *op. cit.*, III. n. 976.

(2) V. *infra*, I, n. 790 s., 803 s. ; II, n. 1083 s.. 1175 s. — Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 490 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 412 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 27 *bis*, III, IV, V ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 103.

(3) Cpr. d'une part : Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 27 *bis*, VI, et d'autre part : Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 471; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 247 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 413.

(4) V. *infra*, I, n. 834 s.

(5) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 471; Demante et Colmet de Santerre, *op.*

303. On admet aussi qu'il ne faut pas appliquer à la communauté l'article 585, d'après lequel : « *Les fruits naturels ou industriels qui sont pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier ; ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit appartiennent au propriétaire sans récompense de part ni d'autre des labours et des semences...* » En matière d'usufruit, le législateur décide donc que l'usufruitier prend les récoltes pendantes quand commence l'usufruit, et qu'à la fin de cet usufruit, il laisse les récoltes alors pendantes, de sorte qu'il n'est dû d'indemnité de part ni d'autre pour les semences et labours. Il y a là une espèce de forfait pour éviter des comptes compliqués (1). Mais ceci n'est point applicable à la communauté. Quand elle commence et trouve des récoltes pendantes, — à moins que cette communauté ne comprenne pas le mobilier présent de l'époux qui a préparé sur son immeuble propre une récolte qu'elle va recueillir, — la communauté n'a pas d'indemnité à payer pour semences et labours. Cela va de soi parce que, si elle en devait une, cette dernière tomberait dans la caisse commune (2). Mais quand la communauté se dissoudra, l'époux qui a sur son fonds une récolte pendante devra récompense à la communauté des frais de labours et de semences, car autrement il s'enrichirait aux dépens de cette communauté. La tradition est d'ailleurs formelle en ce sens (3).

304. Il n'y a point non plus, en matière de communauté, à tenir compte de la disposition de l'article 599, duquel il résulte que l'usufruitier ne peut réclamer, à la cessation de

cit., VI, n. 27 *bis*, I; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 254; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 412.

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n. 494 s.

(2) Proudhon, *De l'usufruit*, n. 2685 s.; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 475; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 36, p. 292; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 414; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 248; Planiol, *op. cit*, III, 2e édit., n° 976.

(3) V. Pothier, *Traité de la communauté*, n. 213. — Coutume de Paris, art. 231. — La jurisprudence, avec la très grande majorité des auteurs, est dans le sens de notre doctrine. — V. Rennes, 26 janv. 1828, S. chr. — Douai, 3 déc. 1848, S., 49. 2. 544, D., 50. 2. 192. — *Contra* Delvincourt, *op. cit.*, III, p. 10, note 6 (p. 14 des notes); Bugnet sur Pothier, *Traité de la communauté*, n. 213 et la note.

l'usufruit, aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, bien que la valeur de la chose en soit augmentée. En effet, si la communauté a droit à une récompense pour les récoltes qu'elle a négligé de percevoir, à plus forte raison doit-elle être indemnisée, — ainsi que nous le verrons dans l'article 1437, — des améliorations qu'elle a procurées aux immeubles des époux (1).

305. De tous les principes que nous venons de dégager, il résulte également que si une rente viagère est rachetée durant la communauté et que cette communauté se dissolve par la mort de l'époux sur la tête duquel elle était établie, le prix de rachat appartient en totalité à la communauté, qui, sans ce rachat, aurait eu tous les arrérages de la rente (2).

Nous verrons plus tard à quelle récompense aurait droit l'époux crédi-rentier s'il survivait à la communauté (3).

306. L'article 1403 alinéa 3, relatif aux carrières et aux mines, sollicite un instant d'attention. Le premier alinéa de l'article 1403, nous l'avons déjà dit, fait un renvoi aux règles de l'usufruit pour les carrières et les mines. Le troisième et dernier alinéa de ce texte ne fait qu'appliquer ces règles à un cas particulier. D'après ces textes, que nous avons transcrits ci-dessus (4), s'il s'agit de carrières et mines ouvertes avant la communauté dans le bien propre d'un époux, la communauté en a la jouissance. Au contraire, si les carrières et mines sont ouvertes au cours de la communauté, les produits n'en tombent pas dans la caisse commune, ou plutôt ils y tombent sauf récompense, puisqu'il s'agit de choses qui se consomment *primo usû*. Tout ceci reçoit très exactement son application pour les carrières.

Mais l'article 1403 alinéa 3 est-il bien en harmonie avec la loi du 21 avril 1810 sur les mines ? Cette loi postérieure

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, n. 2692 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 415. — Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n° 976. — V. *infra*, I, n. 842 s.

(2) Civ. cass., 10 avril 1855, S., 55. 1. 241, D., 55. 1. 177.

(3) V. *infra*, I, n. 851-852.

(4) V. *supra*, I, n. 299.

et spéciale n'a-t-elle pas modifié ce texte ? La même question se présente sur l'article 598 (1).

Nous croyons, en effet, que ces deux articles du code ont été modifiés par la loi de 1810 (2). Que tel n'ait pas été le but des auteurs de cette loi, qu'importe s'ils ont changé les principes sur lesquels reposent nos deux textes ? Et n'est-ce pas ainsi que se produisent bon nombre d'abrogations tacites ou indirectes ? Loin de nous en plaindre, nous nous en félicitons ; sans cela la logique disparaîtrait de nos lois.

L'abrogation de l'article 1403 alinéa 3, en ce qui concerne la solution qu'il donne pour les mines, est-elle d'ailleurs si regrettable ? Il s'agit de savoir si la caisse commune a droit aux produits d'une mine concédée pendant la communauté à l'époux propriétaire de la surface. Dans plusieurs de ses décisions, la cour de Lyon a répondu non à cette dernière question (3). De même, si la concession de la mine était faite au profit d'un tiers pendant le mariage, les annuités de la redevance foncière resteraient propres à l'époux propriétaire de l'immeuble qui contient les filons miniers (4). Faut-il accueillir ces solutions ?

Il nous paraît plus conforme à la logique des principes, et aussi plus satisfaisant en équité, d'attribuer à la communauté les produits de la mine et les annuités de la redevance. Si le législateur du code civil de 1804, dans les articles 598 alinéa 2 et 1403 alinéa 3, avait apporté une exception au droit commun et refusé à l'usufruitier la jouissance dont il s'agit, c'est parce que la prudence veut qu'il lui soit interdit de changer, au cours de l'usufruit, la destination des choses qui en sont grevées. Or, la mine concédée en vertu de la loi de 1810 n'est pas une fraction de l'ancien immeuble dont la destination et le mode d'exploitation auraient changé : c'est

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n. 627 s.

(2) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 28 *bis*, II-IV; Laurent, *op. cit.*, XXI, p. 253 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 104.

(3) Lyon, 24 mai 1853, S., 54. 2. 724, D., 55. 2.347. — Lyon, 7 déc. 1366, S., 67. 2. 6. — Dans le même sens Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 493 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 409 ; Mérignhac, *Tr. du régime de communauté*, I, n. 255 à 257 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 255 à 257.

(4) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 597, texte et note 35, p. 291.

un *immeuble nouveau*. Son existence résulte, non pas de la volonté de l'usufruitier, mais d'un octroi de la puissance publique. Le fondement même de la distinction consacrée par les articles 598 et 1403 a donc disparu. Dès lors, la communauté doit toujours avoir droit au revenu des mines, qu'elles aient ou non été ouvertes avant la célébration du mariage.

307. Dans les divers développements qui précèdent, si nous avons rencontré parfois, comme pour les mines, l'application des règles ordinaires de l'usufruit, nous avons aussi été amenés à signaler des différences entre ce droit et la jouissance légale qui appartient à la communauté. Ces différences, notées chemin faisant, tiennent à cette règle fondamentale, à savoir que le patrimoine propre de l'un ou de l'autre des époux ne doit pas s'enrichir aux dépens de la communauté, non plus que cette dernière au détriment des conjoints (art. 1437).

308. Une autre source de différences entre la jouissance légale de la communauté sur les biens propres des époux et un usufruit ordinaire tient à l'idée qu'il ne s'agit pas, pour cette communauté, d'un véritable usufruit, démembrement de la propriété. Par suite, ce droit de jouissance ne peut être ni aliéné, ni hypothéqué, ni saisi.

D'autre part, le mari chef de la communauté est soumis à des garanties de restitution spéciales, et non plus à celles que les articles 600 à 604 édictent en matière d'usufruit. Ainsi, tandis qu'un usufruitier ordinaire doit, avant d'entrer en jouissance, donner caution, l'usufruit de la communauté est affranchi de cette entrave (1). Les immeubles présents et à venir du mari sont grevés d'une hypothèque légale assurant à la femme les restitutions auxquelles elle a droit à la dissolution de la communauté. D'un autre côté, il est clair que le mari, exerçant les droits de la communauté sur ses propres biens, n'a aucune garantie de restitution. Quant à la preuve de la consistance des biens propres, le mieux est qu'elle résulte d'un inventaire comme en matière d'usufruit. On aurait tort d'affirmer sur ce point une différence plus grande

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte p. 292; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 249 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 416 : Planiol, III, 2e édit., n. 976 *in fine*.

que le législateur ne l'a souhaitée, bien qu'il ait édicté, en matière de contrat de mariage, une législation qui se suffit à elle-même (art. 1499, 1504). Cette législation, que nous étudierons plus tard (1), a certaines règles spéciales, par exemple celle d'après laquelle le défaut d'inventaire des biens échus à la femme doit nuire, non à celle-ci, mais au mari (art. 1415) (2).

309. Laissant de côté le parallèle entre le droit d'usufruit et la jouissance légale appartenant à la communauté sur les biens propres des conjoints, nous remarquerons que, s'il importe de distinguer avec soin, à la fin de la communauté, les fruits et revenus des propres auxquels elle a droit comme perçus ou échus avant sa dissolution, il n'en est pas de même à ses débuts, du moins s'il s'agit d'une communauté légale, puisque les fruits acquis antérieurement au mariage tombent comme meubles dans cette communauté. Ils resteraient propres à l'époux, si celui-ci s'était réservé propres ses meubles présents. C'est ce qui arrivera lorsque les conjoints seront mariés sous le régime de la communauté d'acquêts.

310. Nous terminerons, avec notre ordre d'idées, en signalant que la règle très prudente écrite par le législateur à la fin de l'article 1401-1° conduit à cette solution qu'il faudrait respecter la volonté d'un donateur ou d'un testateur, si, ne se contentant pas d'exclure de la communauté le capital d'une valeur mobilière, il en excluait aussi les revenus. Le droit de jouissance de la communauté n'est pas à l'égard des tiers donateurs ou testateurs un principe d'ordre public. La règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales de l'article 1395 ne lie que les époux ; mais il est permis aux tiers d'imposer à leur libéralité telle condition qu'il leur plaît, et de donner à qui ils le veulent (3).

§ III. *Acquêts immeubles.*

311. D'après l'article 1401, comme troisième et dernier élément de son actif, la communauté légale comprend

(1) V. *infra*, II, n. 1301 s., 1310 s.
(2) V. *infra*, I, n. 559 s.
(3) V. *supra*, I, n. 116.

« *tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage.* »

Ce sont les acquêts de communauté, c'est-à-dire les immeubles acquis, pour la plupart à titre onéreux, avec les économies réalisées sur les revenus des biens propres ou sur les produits du travail et de l'industrie des époux.

Nos anciens jurisconsultes employaient, de préférence, l'expression *conquêts*, réservant le mot *acquêts* surtout à la matière des successions. Comme il n'y a plus lieu, de nos jours, de distinguer ni propres ni acquêts dans les successions (art. 732), le mot *acquêts*, — déjà consacré dans la locution *société d'acquêts*, — a repris faveur pour la communauté. Il y est employé autant, sinon plus, que celui de *conquêts*.

En signalant l'acquisition à titre onéreux faite durant la communauté avec des deniers communs, nous venons d'indiquer la source principale des acquêts immeubles.

Il en est une autre, à savoir les libéralités immobilières faites à la communauté.

312. Par suite, — sous réserve d'une hypothèse que nous étudierons bientôt et qui suppose des immeubles acquis à titre onéreux dans l'intervalle de temps écoulé entre la rédaction du contrat de mariage et la célébration de l'union conjugale, (1) — nous ne trouvons dans l'actif de la communauté que des immeubles acquis pendant le mariage, des immeubles *futurs* pour celui qui envisage la communauté à ses débuts. Encore, parmi les immeubles à venir, beaucoup seront-ils propres au mari ou à la femme ; ce sont, notamment, les biens qui leur proviennent de succession *ab intestat*. Le principe de la conservation des biens dans les familles méritait, en effet, d'avoir une large part d'influence en matière de communauté conjugale, où nécessairement il fallait continuer de tenir compte de l'origine et de la nature des biens.

Quant aux immeubles présents, ils forment, tous, des propres de communauté. Il n'y aurait d'exception que pour les immeubles ayant été l'objet d'un *ameublissement*, c'est-à-dire ayant été mis en communauté comme s'ils étaient meubles (2). On constate, du reste, que rien n'est plus rare

(1) V. *infra*, I, n. 316, 317.
(2) V. *infra*, II, n. 1374 s.

qu'une clause d'ameublissement dans un contrat de mariage.

Quoi qu'il en soit, les acquêts immeubles peuvent être :

1° Acquis à titre onéreux pendant la communauté ;

2° Acquis à titre onéreux dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage de la célébration du mariage ;

3° Donnés ou légués à la communauté.

I. *Immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage.*

313. La règle est que tout immeuble acquis à titre onéreux durant la communauté appartient à cette communauté (1).

Cette règle comporte toutefois des exceptions importantes, que nous allons bientôt étudier en présentant le tableau des biens propres (2). Mais ces exceptions ne doivent pas être étendues.

La plus considérable concerne les immeubles acquis en remploi des propres aliénés. Ces biens, en vertu d'une subrogation réelle (3), revêtent eux-mêmes la qualité de propres. Il n'en sera ainsi que lorsque les formalités du remploi auront été accomplies (art. 1407, 1434, 1435) (4). Un immeuble ne constituera donc pas un propre, par cela seul que le mari, ou la femme assisté du mari, aura déclaré l'acquérir pour soi à titre de propre (5). Par exemple encore, le mari ne pourra pas s'attribuer, comme propre, un immeuble acquis par lui en emploi de deniers qu'il avait exclus de la communauté. Dans ce cas, en effet, le mari était créancier de la communauté ; il n'avait pas en propriété un propre parfait dont l'aliénation pût justifier un remploi (6).

(1) Troplong, *op. cit.*, I, n. 391 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 497 ; Aubry et Rau *op. cit.*, V, § 507, texte et note 38, p. 293 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 562 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 257, 258 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 421 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 98 s. — Pau, 8 mars 1865, S., 65, 2. 90.

(2) V. *infra*, I, n. 362 s.

(3) Sur la théorie de la subrogation réelle : V. J. Flach. *Rev. hist. de droit...*, 1868, *passim* ; Saleilles, note Sirey 1896. 1. 185 ; Planiol, note Dalloz, 1902. 1. 5 s. Demogue, *Rev. crit.*, 1901, p. 236 s.

(4) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 510 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 258 ; Guillouard, *op. cit.*, I. n. 421. — V. *infra*, I, n. 369 s.

(5) Agen, 7 fév. 1821, S., chr. ; J. Toulouse, 4 juin 1903, *Droit*, 11 oct. 1903.

(6) Civ. cass., 21 mars 1848, S., 49. 1. 417, D., 49. 1. 65. — Rennes, 20 mars 1850, S., 50. 2. 254, D., 52. 2. 160.

314. Les interprètes sont en désaccord sur la condition juridique du bien donné en paiement d'une créance propre à l'un des conjoints. On décide généralement que la dation en paiement, au contraire de l'échange, n'est pas une cause de propre, indépendamment de l'accomplissement des formalités du remploi exigées par les articles **1434** et **1435**. L'article **1406** donne un appui à cette opinion, en décidant le contraire dans le cas spécial où la dation en paiement émane d'un ascendant (1). Cette doctrine concorde d'ailleurs avec la théorie qui, dans la dation en paiement, voit une vente de l'immeuble livré, suivie de compensation entre la dette préexistante du vendeur et le prix dû par l'acquéreur (2).

Il nous semble cependant, que l'opinion soutenue par la minorité des auteurs devrait l'emporter, si les parties avaient eu le soin de déclarer qu'elles ont entendu faire une novation par changement de l'objet de l'obligation. Dans l'espèce, il devrait être décidé que la dette de la somme d'argent est remplacée par la dette de tel immeuble, dont la propriété est instantanément transmise dans les rapports des contractants, c'est-à-dire entre le tiers débiteur et l'époux créancier (art. **711**, **1138**). Au surplus, une semblable déclaration équivaudrait bien à celles que les articles **1434** et **1435** imposent comme condition d'un remploi.

315. Une autre controverse s'est élevée relativement à l'acquisition à titre onéreux de l'usufruit d'un immeuble dont l'un des époux est nu propriétaire. On a soutenu avec énergie que, dans ce cas, l'acquisition profitait à l'époux, sauf récompense à la communauté (3). C'est, a-t-on dit, un cas d'extinction de l'usufruit par confusion, il faut l'assimiler à l'hypothèse du rachat de services fonciers prévue par l'article **1437**, ou à celle de l'achat d'une part indivise dans un

(1) V. *infra*, I, n. 363 s.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, 507, texte et note 42, p. 294 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 255 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 422 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 99. — Civ. cass., 24 juill. 1869, S., 69. 1. 401, D. 69. 1. 455. — Rouen, 23 fév. 1870, S., 71. 2. 91, D., 71. 2. 235. — *Contra* Paris, 21 fév. 1868, S., 68. 2. 176. D., 68. 2. 49.

(3) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 639 ; Duranton, *op. cit.*, XIV., n. 371 ; Odier, *Traité du contrat de mariage*, I, n. 345 ; Troplong, *op. cit.*, I, n. 504, 505.

immeuble, ce qui est une cause de propre d'après l'article 1408.

Mais l'un et l'autre de ces textes ne peuvent être invoqués que par analogie. Or, cet argument ne peut pas suffire pour apporter une exception à la règle d'après laquelle toute acquisition à titre onéreux profite à la communauté à moins de texte contraire (1). Si l'usufruit a pu quelquefois être appelé servitude personnelle, nul n'osera le mettre au nombre des services fonciers. L'article 1437 est donc hors de cause. Il en est de même de l'article 1408 qui suppose des droits indivis. En effet, il n'existe pas d'indivision entre l'usufruit et la nue propriété : ce sont des droits parallèles, absolument distincts.

Bien plus, autre chose est le rachat d'une servitude ne pouvant s'expliquer que par la volonté de l'éteindre, autre chose l'achat d'un usufruit, droit dans le commerce, qui peut être saisi et que le premier venu peut acquérir. Pourquoi l'usufruit acheté ne constituerait-il pas un acquêt quand il porte sur le bien de l'un des époux, comme dans le cas où la communauté achète un usufruit sur l'immeuble d'un étranger ?

Ne peut-on pas, en outre, invoquer à l'appui de notre solution la décision donnée jadis par l'article 244 de la coutume de Paris, dans une hypothèse voisine de la nôtre ? Dans notre ancien droit français, il pouvait exister sur le propre de l'un des époux un droit de rente foncière. Or, si cette rente était rachetée, remboursée au cours de la communauté, la coutume de Paris décidait formellement qu'il y avait là acquisition d'un conquêt de communauté. Il est vrai toutefois de reconnaître que Pothier (2) critiquait cette solution de la coutume, essayait d'en atténuer les conséquences et adoptait une opinion contraire à la nôtre au sujet de l'usu-

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, V. n. 2681 ; Bugnet sur Pothier, *Traité de la communauté*, n. 639 à la note ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 511 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 44, p. 295 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 260 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 425 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 100.

(2) Pothier, *Communauté*, n. 616 s. et *Introduction au Titre X de la coutume d'Orléans*, n. 124 s.

fruit racheté. Il mettait, en effet, sur la même ligne le rachat d'un usufruit et le rachat de services fonciers.

Quoi qu'il en soit, — sans que ceci nous semble impliquer aucune contradiction avec l'idée d'après laquelle cette communauté n'est pas une personne civile distincte de la personne des époux, — l'usufruit acheté par la communauté fait, à notre avis, partie du fonds commun, séparé du patrimoine de l'époux nu propriétaire (1).

Ceci posé, a question sera sans intérêt entre les époux, si la personne sur la tête de laquelle l'usufruit était établi meurt avant la dissolution de la communauté. Dans le cas contraire, c'est l'événement du partage qui dira si, en vertu de la fiction de l'article 883, l'usufruit est censé avoir toujours appartenu à l'époux nu propriétaire ou à son conjoint. En supposant la femme nu propriétaire de l'immeuble, ce ne sont pas seulement le partage ou les prélèvements qui pourront mettre l'usufruit acheté au lot du mari ; c'est encore la renonciation de cette femme à la communauté. Dans cette hypothèse, en effet, le mari est censé avoir acheté pour lui-même tout ce qui avait été acquis pour la communauté dont l'actif se confond avec le sien.

II. *Immeubles acquis à titre onéreux dans l'intervalle entre le contrat de mariage et la célébration du mariage.*

316. Après avoir décidé que les immeubles possédés par les époux au jour de la célébration du mariage n'entrent point en communauté, l'article 1404 alinéa 2, apporte immédiatement une exception importante à cette règle : « *Néanmoins, si « l'un des époux avait acquis un immeuble depuis le contrat de « mariage contenant stipulation de communauté, et avant la « célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet inter- « valle entrera dans la communauté, à moins que l'acquisition « n'ait été faite en exécution de quelque clause du mariage, « auquel cas elle serait réglée suivant la convention.* »

(1) Civ. rej., 16 juill. 1845, S., 5. 1. 721, D., 45. 1. 321. — Rouen, 1er juill. 1841, S., 41. 2. 49, D., 42. 2. 130. — V. *infra*, I, n. 850.

Quels sont les motifs de cette solution? On en peut citer deux. Le premier est que cette acquisition entraîne un changement aux conventions matrimoniales. Le second est que ce changement peut, soit constituer une fraude grave aux droits de l'autre conjoint, soit lui causer un préjudice sérieux en bouleversant les bases sur lesquelles il avait entendu que la communauté fût établie. « Les parties, lors du contrat de mariage, nous dit Pothier, en ne s'expliquant pas sur les choses qui composeraient leur communauté, sont censées être tacitement convenues qu'elle sera composée des choses que chacune d'elles avait alors, qui étaient de nature à y entrer (1). »

Ces motifs délimitent de suite la portée de notre texte, en ce sens qu'il ne peut s'appliquer qu'au cas où l'acquisition a été faite à titre onéreux en échange de valeurs mobilières destinées à tomber en communauté. S'il y avait eu échange d'immeubles, on se trouverait en dehors des prévisions du texte, de même que s'il s'agissait d'une acquisition d'immeubles par donation ou par succession *ab intestat* dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage (2).

Cette disposition de l'article 1404, alinéa 2, a, de l'aveu de tous, un caractère exceptionnel (3). Il faut sans doute l'appliquer dans tous les cas prévus par le texte. C'est ce qui a été fait par la cour de Paris dans une hypothèse singulière où il s'était écoulé seize ans entre le contrat de mariage et la célébration de l'union conjugale (4). Peu importe aussi que le prix de l'acquisition ait été payé ou soit encore dû au moment du mariage, quoique l'actif de la communauté ne soit diminué par cette acquisition que dans le premier cas seulement.

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 281. — Rapp. Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 499 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 45, p. 295; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 425; Huc, *op. cit.*, IX, n. 110.

(2) Pothier, *Tr. de la communauté*, n. 281; Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1404, n. 1; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 504 et 505; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 46, p. 296; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 267; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 426; Huc, *op. cit.*, IX, n. 110; Planiol, *op. cit.*, III, n. 927.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 499 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte, p. 296 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 426.

(4) Paris, 6 déc. 1855, D., 56. 1. 28.

Dans le second, en effet, le prix ne serait payé par la communauté que sauf récompense (art. 1409-1°). Le législateur a voulu couper court à tout débat sur les circonstances et les intentions au milieu desquelles cette acquisition a été faite. Elle n'est une cause de propre, d'après l'article 1404, alinéa 2, que si elle a été prévue au contrat de mariage. On peut, ici, généraliser et dire que toutes les fois qu'une acquisition aura été réalisée par un futur époux, avec une valeur qu'il s'était réservée propre dans le contrat de mariage, cette acquisition ne tombera pas en communauté.

Mais la disposition exceptionnelle de l'article 1404, alinéa 2, ne doit pas être appliquée en dehors des limites du texte. Par exemple, il a pu être jugé que la portion d'un immeuble dans lequel le futur époux avait des droits indivis, acquise par lui dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration lui restait propre, comme elle l'eût été, d'ailleurs, si l'acquisition avait eu lieu durant la communauté (art. 1408, al. 1er) (1).

Est-il besoin de remarquer que l'article 1404, alinéa 2, supposant essentiellement un contrat de mariage, est inapplicable aux immeubles acquis, fût-ce la veille du mariage, lorsque les époux sont mariés sans contrat (2) ?

Cette disposition serait également étrangère aux immeubles acquis la veille du contrat de mariage (3). Il convient seulement d'admettre, dans les deux cas, la preuve de véritables manœuvres frauduleuses employées pour extorquer le consentement de l'autre conjoint à l'adoption de la communauté, preuve que déclareraient, sans doute, non recevable ceux qui n'admettent pas la nullité des contrats de mariage pour cause de dol. Toutefois ce n'est pas là, nous semble-t-il, une nullité du contrat de mariage, mais une simple action en dommages et intérêts qui serait possible dans l'espèce, puisque les

(1) Bruxelles, 10 fév. 1887, *Pas.*, 87. 2. 181. — Huc, *op. cit.*, IX, n. 110.

(2) Troplong, *op. cit.*, I, n. 573 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 500 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 47; Laurent, *op. cit.* XXI, n. 264 ; Guillouard, *op. cit.* I, n. 426 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 110.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 501; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 47, p. 296 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 265 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 426 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 110.

époux restent forcément mariés sous le régime de la communauté.

317. On s'est demandé si l'article **1404** alinéa **2** doit être étendu à l'hypothèse inverse de celle qu'il prévoit dans ses termes. Faut-il réserver comme propre le prix de l'immeuble aliéné par l'un des futurs époux avant le mariage, mais depuis le contrat de mariage? Il semble qu'aucun de ceux qui proclament le caractère exceptionnel de l'article **1404** alinéa **2** ne peut répondre affirmativement. Et pourtant, beaucoup veulent généraliser ce texte et le considèrent, en définitive, comme une conséquence du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. On invoque en ce sens l'autorité de Pothier. Cette solution s'impose, ajoute-t-on, car, autrement, il y aurait un changement apporté aux conventions matrimoniales sans l'accomplissement des formes voulues par l'article **1396** (1).

Nous croyons qu'une lecture attentive de Pothier doit conduire à une solution tout opposée (2). Ce n'était point par l'application des mêmes principes que Pothier attribuait à la communauté les immeubles achetés dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage et réservait propre à l'époux le prix de l'immeuble aliéné à la même époque. Il fondait sa première solution sur une interprétation de volonté relative aux biens qui, dans la pensée des conjoints, doivent entrer en communauté. La seconde lui était inspirée par une crainte des donations entre époux, que nous ne partageons plus dans notre droit actuel.

Quoi qu'il en soit de la pensée de Pothier, celle des législateurs de **1804** nous semble clairement exprimée dans l'article **1399** faisant commencer la communauté au jour du mariage et non pas au jour du contrat de mariage. Elle l'est aussi dans l'article **1401-3°**, qui ne range parmi les conquêts que les biens acquis au cours du mariage. En dérogeant à ces principes dans l'article **1404** alinéa **2**, le législateur

(1) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 184; Troplong, *op. cit.*, I, n. 364; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, note 7, p. 283; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 268; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 429; V. également *supra*, I, n. 126 s.

(2) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 693.

n'eût pas manqué de viser la seconde hypothèse, s'il avait considéré comme une modification au contrat de mariage, régie par l'article 1396, l'aliénation d'un immeuble qui paraissait devoir demeurer un bien propre. Ce n'est point par oubli qu'il a omis de s'expliquer sur l'une des faces d'une question qui avait sérieusement préoccupé son guide habituel (1).

Ici encore, notons que le droit commun permettrait de faire indemniser l'époux vendeur qui démontrerait que, par extraordinaire, cette aliénation a été viciée par un dol ou une fraude dont il a été victime (2).

III. *Immeubles donnés ou légués à la communauté.*

318. Le législateur va maintenir, ici, le principe qu'il faut laisser les donateurs et les testateurs donner à qui ils veulent, du moins dans les limites de la quotité disponible.

Il y a là un grave changement apporté à l'ancien droit. Jadis, l'ancienne distinction des propres et des acquêts dans les successions dominait la matière. Grande était, en effet, la différence entre l'acquisition par succession *ab intestat*, d'une part, et l'acquisition par donation ou legs, d'autre part. Le premier mode procurait seul, en principe (3), des biens propres, et ce qui était vrai dans les successions avait paru logique dans la liquidation des communautés (4).

Débarrassé de la distinction des propres en matière de succession (art 732), notre législateur s'est trouvé plus libre

(1) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 171 ; Bugnet sur Pothier. *Tr. de la communauté*. n. 603 ; Odier. *Tr. du contrat de mariage*, I, n. 77 ; Marcadé. *op. cit.*, sur les art. 1404 à 1406, n. 1 *in fine ;* Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 371; Huc, *op. cit.*, IX, n. 111. — Rapp. Civ. cass., 18 déc. 1878. S , 81. 1. 352 (note Lacointa).

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 371; Huc, *op. cit.*, IX, n. 371. — J. Termonde, 21 déc. 1883, *Pas. belge*, 84. 3. 93.

(3) Nous disons *en principe*, car les donations en avancement d'hoirie faisaient également des propres. Pothier, *Tr. de la communauté*, n. 168.

(4) Les propres de succession ne se confondaient pas toutefois avec les propres de communauté. Il n'est pas dans notre pensée de dire le contraire. En tout cas, il nous est impossible d'insister ici sur la différence qui les séparait. C'est une question d'histoire du droit qui sort du cadre de cet ouvrage.

en cas de communauté conjugale. Il a sagement rendu aux donateurs leur liberté.

Toutefois, la portée de l'innovation n'a pas été bien marquée. Tous les interprètes ne la comprennent pas de la même manière.

Supposons, d'abord, la donation faite à un seul des époux. L'article 1405 règle cette hypothèse avec netteté : « *Les donations d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage qu'à l'un des deux époux, ne tombent point en communauté et appartiennent au donataire seul, à moins que la donation ne contienne expressément que la chose donnée appartiendra à la communauté.* » Ainsi, le donateur s'est-il expliqué, a-t-il dit qu'il entendait constituer un propre à l'époux donataire, ou, à l'inverse, a-t-il déclaré vouloir faire profiter la communauté de la donation, on suivra sa volonté. Dans le doute, si le donateur s'est borné à donner à un époux, sans plus amples explications, le législateur présume que, dans la pensée de ce donateur, le bien doit rester propre au gratifié. Et cette présomption, quoi qu'en ait dit Laurent (1), n'a rien de téméraire. D'abord le donateur, qui sait le donataire marié, s'est-il préoccupé du régime matrimonial auquel il ne fait pas la moindre allusion ? Cela est bien peu croyable. D'autre part, s'il avait voulu donner aux deux époux, il l'aurait dit. Peut-on présumer que celui qui donne ou lègue un immeuble à une femme mariée ait l'intention tacite de faire profiter le mari de la moitié ou même de la totalité de la donation, si la femme renonce à la communauté ? Evidemment non (2).

319. Cependant, la question devient délicate lorsque la donation s'adresse aux deux époux conjointement. Ne résulte-t-il pas *a contrario* de l'article 1405 que les donations d'immeubles faites conjointement au mari et à la femme tombent en communauté ?

Présentons, avant tout, les divers intérêts pratiques de cette question. Si l'immeuble tombe en communauté, le mari aura sur lui les pouvoirs qu'il a sur les immeubles de com-

(1) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 269, 270.
(2) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 430, 431.

munauté (art. 1421 s.). Il pourra notamment aliéner le bien sans le consentement de la femme (1). D'autre part, supposons la communauté dissoute. Si cette communauté est mauvaise et que la femme y renonce, l'immeuble n'appartiendra qu'au mari (2). Si même la femme accepte, cet immeuble commun formera le gage des créanciers de la communauté, bien que l'épouse, si elle a fait inventaire, ne soit tenue que dans la limite de son émolument. L'immeuble sera considéré comme faisant partie de cet émolument (3). Au contraire, si l'immeuble est propre pour moitié à chaque époux, alors, sur la moitié de l'immeuble appartenant à la femme, le mari n'a que les pouvoirs d'administration qui lui sont reconnus sur les propres de l'épouse (art. 1428 s.) (4). En outre si, à la dissolution de la communauté, la femme est renonçante, elle a toujours droit à la moitié de l'immeuble donné qui constitue un propre (5). Enfin, dans le cas où elle accepte et fait inventaire, la moitié de l'immeuble donné ne fait pas partie de l'émolument jusqu'à concurrence duquel la femme est tenue des dettes (6).

320. L'intérêt du problème est donc considérable. Comment le résoudre ? Certains interprètes, prétendant qu'il importe de ne pas isoler l'article 1405 des autres textes, — et notamment des articles 1404, alinéa 1er et 1402, — en déduisent cette conséquence à savoir que, en principe, l'immeuble est propre, quand l'un des époux prouve qu'il lui a été donné. L'article 1405 n'a fait, dit-on, que répéter cette règle, mais il la répète en termes ambigus. Il est d'ailleurs facile d'expliquer cette ambiguïté, en remontant à l'article 246 de la coutume de Paris, qui jadis réglait précisément la situation aujourd'hui prévue par l'article 1405. Cet article 246 était ainsi conçu : « Chose immeuble donnée à l'un des conjoints pendant leur mariage, à la charge qu'elle sera propre au donataire, ne tombe en communauté. Mais si elle est

(1) V. *infra*, I, n. 639 s.
(2) V. *infra*, II, n. 1242.
(3) V. *infra*, II, n. 1219 s.
(4) V. *infra*, I, n. 709 s.
(5) V. *infra*, II, n. 1242 *bis*.
(6) V. *infra*, II, n. 1219 s.

donnée simplement à l'un des conjoints, elle est commune fors et excepté les donations faites en ligne directe, lesquelles ne tombent point en communauté (1). » En face de ce texte, les rédacteurs du code civil en ont, dit-on, pris exactement le contrepied. De là le défaut de netteté de la formule employée par l'article 1405, dont on aurait tort de raisonner par *a contrario* (2).

321. Il nous semble plutôt, avec beaucoup d'interprètes, que les textes du code civil, éclairés par les précédents historiques, attribuent le bénéfice des donations qui nous occupent à la communauté. Nous savons, en effet, que les donations ne procuraient jadis en principe que des conquêts. Le texte de l'article 246 de la coutume de Paris l'atteste (3). Or, l'article 1405 a innové. Il n'a répudié la règle ancienne que dans le cas où la donation est adressée à un seul des époux. La donation faite aux deux conjoints reste donc soumise à la règle générale écrite dans l'article 1401-3°, d'après laquelle tout immeuble acquis durant le mariage (quel que soit en principe le mode d'acquisition) entre dans l'actif de la communauté. On peut même ajouter que le donateur ne doit pas aisément être présumé avoir entendu créer entre les époux une indivision, distincte de celle qui existe entre eux à l'égard des biens communs (4).

Gardons-nous toutefois, avec grand soin, d'une exagération. On est trop porté, — et le législateur a favorisé quelque peu cette tendance, — à traiter comme une question de droit ce qui n'est guère qu'une question de fait. Au fond des choses, le problème doit consister avant tout à savoir quelles ont

(1) Cpr. Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. 78, n. XV, édit. 1788, p. 1029.

(2) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 183; Troplong, *op. cit.*, I, n. 614; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 591; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 33 *bis*, VII et VIII ; Guillouard, *op. cit*, I, n. 432; Arntz, *op. cit.*, III, n. 575. — Toulouse, 23 août 1827. S. chr.

(3) V. *supra*, I, n. 320.

(4) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 135 ; Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, I, p. 177 ; Odier, *op. cit.*, I, n. 125 ; Marcadé, *op. cit.*, sur les art. 1404 à 1406 n. 3 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 38, p. 293 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 271 ; Mérignhac, *op. cit*, I, n. 291. *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 231 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 113; Planiol, III, 2e édit, n. 940.

été les intentions du disposant. Les juges devront donc, dans le silence du contrat de mariage, rechercher ces intentions dans les circonstances de la cause. Ils pourront constater, soit que la donation qui paraît faite aux deux conjoints ne s'adresse qu'à un seul, soit que le disposant a entendu juxtaposer deux donations faites séparément à titre de propre à chacun des époux, par exemple, au moyen d'une assignation de parts. Ou bien encore, ils tiendront compte de ce que le disposant était l'ascendant de l'un des époux (1).

La difficulté ne devient une question de droit que lorsqu'il s'agit de savoir en quel sens il faut résoudre le doute absolu sur les intentions du disposant. D'après les articles **1401-3°**, **1405** et aussi d'après l'article **1402**, il faut, à notre avis répondre dans le sens favorable à la communauté.

322. En tout cas, il n'est contesté par personne que le législateur emploie en ces matières le mot *donation* dans le sens de libéralité. Les legs sont régis par les mêmes principes que les donations entre-vifs.

323. Ajoutons qu'une donation avec charges ne laissans pas pour cela de constituer une libéralité, obéira aux règlet ci-dessus exposées, sauf récompense à la communauté si des deniers sont sortis de sa caisse pour acquitter des charges.

Il importe toutefois d'écarter les qualifications inexactes et de voir la réalité des situations. Il faudra traiter comme une vente ou un échange, — acquisition à titre onéreux, — la prétendue donation dont les charges égalent l'émolument (2).

SECTION II

DE L'ACTIF DU PATRIMOINE PROPRE DES ÉPOUX

324. De toutes les explications précédentes, on peut aisément conclure que les biens propres aux époux sont surtout

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 591; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507 texte et notes 39, 40, 41 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 433 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 113. — Colmar, 20 janv. 1831, S., 32. 2. 355. — Req., 27 avril 1859, S., 60. 1. 251 D., 59. 1. 508 ; Chambéry, 3 avril 1901, D., 1903.2.54.

(2) V. *infra*, I, n. 361 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 112.

des propres immobiliers. Les propres mobiliers, qui toutefois ne font pas absolument défaut sous le régime de la communauté légale, n'acquièrent de l'importance que par les clauses de réalisation, et surtout par l'adoption si fréquente de la communauté réduite aux acquêts (1).

325. La loi détermine la composition du patrimoine propre de chaque époux, de même qu'elle fixe la composition du patrimoine de la communauté. Les parties peuvent modifier, sur ce point, les dispositions légales par les stipulations de leur contrat de mariage ; mais elles ne le peuvent pas pendant le mariage (arg. art. 1395). Pendant l'association conjugale, dit la Cour de cassation (2), il ne peut être constitué aucun propre en dehors des stipulations contenues dans le contrat de mariage.

326. Le patrimoine propre de chaque époux peut comprendre, soit des immeubles, soit quelques biens mobiliers. Il y a donc deux catégories de biens propres : les propres immobiliers et les propres mobiliers.

§ I. *Des propres immobiliers.*

327. Les causes de propres immobiliers sont nombreuses ; on les peut rattacher à trois chefs. Chaque époux conserve à titre de propres :

1° Les immeubles dont l'acquisition remonte à une époque antérieure au mariage ;

2° Les immeubles acquis par lui, pendant le mariage, à titre lucratif ;

3° Certains immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage.

A. *Immeubles dont l'acquisition remonte à une époque antérieure au mariage ou immeubles présents.*

328. Au moment de la célébration du mariage, tandis que tout le mobilier présent des deux époux tombe dans la communauté légale, tous les immeubles, au contraire, leur res-

(1) V. *infra*, II, n. 1270 s.
(2) Civ. cass., 22 fév. 1893, S., 94. 1. 65.

tent propres (art. 1404, al. 1er), sous la seule exception établie par l'article 1404 alinéa 2 (1). La communauté n'aura que la jouissance de ces biens-là, et c'est ainsi qu'on voit nettement apparaître son caractère de société de tous meubles et acquêts.

329. Comme les immeubles acquis au cours du mariage entreront fréquemment en communauté, il devient important de bien distinguer les immeubles présents des immeubles futurs.

L'article 1402 se place dans cet ordre d'idées. Il est ainsi conçu : « *Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, « s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou « possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui « est échu depuis à titre de succession ou de donation.* » Ce texte pose un principe, et tranche en même temps une question de preuve que nous retrouverons par la suite (2).

Il n'est donc pas nécessaire, d'après l'article 1402, que l'époux ait acquis définitivement la propriété d'un immeuble au jour du mariage pour qu'il l'ait en propre. Il suffit que cette propriété existe en germe à ce moment-là, et que l'époux ait possédé le bien comme *sien* avant le mariage, qu'il l'ait possédé à titre de propriétaire. Ni la communauté, ni l'autre époux n'ont qualité ou intérêt pour relever les vices de son titre. Ou bien ces vices seront effacés par le temps, alors ils seront censés n'avoir jamais existé ; ou bien les tiers intéressés invoqueront ces vices devant les tribunaux. Dans ce dernier cas l'immeuble sera enlevé, non seulement au conjoint dépouillé de sa propriété apparente, mais encore à la communauté qui perdra son droit de jouissance.

Nous ne croyons même pas que la communauté puisse se prévaloir des nullités absolues du titre d'acquisition de l'époux. Elle n'a jamais le droit de discuter ce titre, dont elle profite elle-même en vertu de la jouissance légale que la loi lui reconnaît sur les propres des conjoints (3).

Observons, en passant, qu'il ne faut pas confondre cette

(1) V. *supra*, I, n. 316, 317.
(2) V. *infra*, I, n. 433 à 437, II, n. 1077 s., 1295, 1301 s. et 1343.
(3) Civ. cass., 4 mai 1825, S. chr.

hypothèse avec celle dans laquelle, la nullité se trouvant irréparable, l'immeuble ne peut rester aux mains des époux que par une acquisition nouvelle, qualifiée, peut-être bien à tort, de ratification de la première acquisition ou de transaction. Cette confusion seule a pu faire naître une controverse sur ce point (1).

330. On s'est demandé quelle possession suppose l'article 1402. Il faut répondre, sans hésiter, que c'est la possession *animo rem sibi habendi*, celle qui présente les caractères requis pour conduire à la prescription (2). Elle peut d'ailleurs n'être qu'à ses débuts, et ne pas même assurer encore au conjoint la protection des actions possessoires qui supposent une possession annale : cela importe peu (3). Si plus tard la prescription s'accomplit, le conjoint n'en sera pas moins réputé avoir été propriétaire dès le premier jour de sa possession ; or nous supposons qu'elle a commencé avant le mariage (4).

331. Il résulte des principes sur lesquels est fondée la prescription, que celui qui est d'abord possesseur précaire et réussit à intervertir son titre, ne possède utilement pour la prescription que du jour de cette interversion. Si cette dernière ne s'est produite que pendant la communauté, le conjoint, possesseur précaire au début, ne saurait y trouver une cause de propre. Il n'avait point, en effet, la possession antérieure au mariage exigée par l'article 1402. La prescription s'accomplira, dans cette hypothèse, au profit de la communauté.

332. Toute différente serait évidemment la prétention du conjoint réclamant comme propre un droit d'usufruit qu'il

(1) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 181; Marcadé, *op. cit.*, sur les art. 1401 s., n. 7; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 529; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 52; Huc, *op. cit.*, IX, n. 108. — *Contra* Toullier, *op. cit.*, XII, n. 173 s.; Troplong, *op. cit.*, I, n. 533; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 640, note 28, p. 72.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 524, Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 51; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 292; Guillouard, *op. cit*, I, n. 443; Huc, *op. cit.*, IX, n. 107.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 52; Guillouard, *op. cit.*, n. 443.

(4) Pothier, *Communauté*, n. 157.

avait commencé à posséder avant le mariage, et dont il ne pourrait se prévaloir qu'en vertu de la prescription. Il n'est possesseur précaire qu'au point de vue de la nue-propriété (art. 2236).

333. En tout cas, il suffit que la possession utile pour la prescription ait commencé avant le mariage; peu importe que cette prescription ne s'accomplisse qu'après la dissolution de l'union conjugale, puisque ses effets rétroagissent toujours au début de la possession. L'autre conjoint n'a pas plus qualité, lors de la liquidation que pendant la communauté, pour discuter le titre du conjoint possesseur. Si, à la dissolution de la communauté, la prescription ne lui est pas encore acquise, c'est affaire entre lui et ceux contre lesquels il prescrit.

334. Signalons encore qu'il faudra considérer sans difficulté, comme un immeuble dont la propriété remonte avant le mariage, tout immeuble acquis avant la célébration, quand même la délivrance n'en aurait été faite que pendant la communauté, car la propriété n'en date pas moins d'avant cette époque (art. 711, 1138) (1).

Il n'est point nécessaire que l'acquisition, à titre gratuit ou à titre onéreux, ait été transcrite avant le mariage. La communauté en effet n'est un tiers, ni dans le sens de l'article 941 du code civil, ni dans celui de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855 (2).

Est-il même indispensable que l'acte d'acquisition ait date certaine avant l'union conjugale? L'époux qui réclame comme propre un immeuble peut se contenter, nous l'avons vu, d'invoquer sa possession antérieure au mariage, sans preuve écrite. Cependant, s'il appuie sa prétention sur un écrit, il semble bien que la communauté soit un tiers au point de vue de l'article 1328. On peut tirer argument en ce sens de l'article 1410.

335. Imaginons, d'autre part, qu'une acquisition immobi-

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 518; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 291; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 435; Huc, *op. cit.*, IX, n. 107.

(2) Vigié, *Cours élémentaire de droit civil*, III, nt 81; Huc, *op. cit.*, IX, n. 107.

lière ait été faite en vertu d'une promesse de vente antérieure au mariage. L'immeuble ainsi acquis sera propre à l'époux acquéreur, quand même la vente ne se serait réalisée qu'après la célébration (1).

D'abord, ceci ne saurait faire aucun doute dans le cas de promesse synallagmatique de vente, puisque cette promesse vaut vente (art. 1589). Mais la solution est également exacte, à notre avis, lorsque la promesse était unilatérale. Le conjoint auquel avait été consentie une promesse unilatérale de vente, n'avait sans doute qu'un *jus ad rem immobilem* au moment du mariage, et la propriété ne rétroagira pas dans cette hypothèse. Il n'en est pas moins vrai que cette propriété existait en germe à cette époque, ce qui suffit pour que l'immeuble lui soit propre (2). Il en serait de même pour celui qui, avant le mariage, aurait acheté un certain nombre de mètres carrés de terrain à bâtir à prendre, au choix du vendeur, dans un terrain plus vaste. D'ailleurs, il en était ainsi autrefois de toute vente avant qu'il n'eût été fait tradition de la chose vendue.

En d'autres termes, il convient d'entendre le mot *propriété*, complété par le mot *possession* dans l'article 1402, avec le sens très large de droit acquis à un immeuble, que ce droit soit réel ou personnel, peu importe.

336. On peut encore prévoir que, avant le mariage, l'un des conjoints ait fait une acquisition immobilière subordonnée à une condition suspensive. Une acquisition d'immeuble peut aussi ne se réaliser ultérieurement que par l'événement d'une condition résolutoire, qui affectait une aliénation antérieure à l'union conjugale. Un immeuble peut également, durant la communauté, être recouvré en vertu d'une action en nullité en rescision ou en révocation d'une aliénation consentie avant la célébration du mariage. Enfin une semblable acquisition antérieure au mariage peut n'être consolidée que par une

(1) Vigié, *op. cit.*, III, n. 81 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 370 et *Rép. gén* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 370.

(2) *Contra* Jug. Boulogne, 15 avril 1897, S., 98. 2. 20. — Rapp. Troplong, I, n. 498; Pothier, *Traité de la communauté*, n. 69.

ratification (1) ou une transaction postérieure à la célébration. Dans tous les cas l'immeuble sera propre au conjoint (2).

La condition suspensive rétroagissant (art. 1179), l'acquéreur est, en effet, censé propriétaire du jour du contrat. De même une fois la condition résolutoire accomplie, la vente de l'immeuble annulée ou la donation révoquée, l'époux vendeur ou donateur est réputé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire du bien. Donc, l'immeuble que nous supposons avoir été donné ou vendu avant le mariage, est considéré comme ayant appartenu, lors de ce mariage, à l'époux qui l'avait vendu ou donné.

Il n'y a pas de difficulté, dans cet ordre d'idées, si le bien donné revient à l'époux donateur en vertu d'une clause de retour (art. 951, 952). Il n'en est pas non plus, si, dans l'hypothèse d'une vente, il y a exercice, par l'époux vendeur, d'une action en rescision pour cause de lésion (art. 1674), ou d'un pacte de rachat (art. 1659), sauf, s'il y a des déboursés sortis de la caisse commune, le droit pour la communauté à une récompense.

337. Notre solution a été contestée au cas de résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix. L'époux, a-t-on dit (3), avec une certaine apparence de raison, a mis en communauté la créance du prix qui lui était dû. Cette créance a été par suite acquise à la communauté avec ses accessoires et toutes ses garanties. Or l'action résolutoire est-elle autre chose qu'un de ces accessoires, une de ces garanties? Certains praticiens ne l'ont-ils pas qualifiée *privilège foncier*, et les législateurs de 1855 n'ont-ils pas, dans l'article 7 de

(1) Il suffirait qu'une acquisition, faite avant le mariage par un tiers sans mandat, fût ratifiée après la célébration de l'union conjugale par l'époux au nom duquel ce tiers a agi, pour que l'acquisition fût censée avoir son origine antérieurement au mariage et fût une cause de propre. V. Pothier, *Communauté*, n. 161 ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 171.

(2) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 157 s. ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 170 s. ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 518 s. ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 290 s. ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 436 s. ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 107.

(3) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 173 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 48 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 108. Comp. Lepinois, *Revue critique*, 1899, p. 583 s.

la loi du 23 mars de cette année, presque totalement lié son sort à celui du privilège du vendeur ?

Il faut avouer que cette manière de voir pourrait s'imposer comme interprétation du contrat de mariage si la créance du prix avait été expressément énumérée parmi les valeurs mises en communauté.

Mais l'examen des conséquences légales de la cession d'un prix de vente quant à l'action résolutoire ne peut, ici, trouver sa place. Nous nous bornerons à dire que, *dans le silence du contrat de mariage*, les droits de la communauté se trouvent, à notre avis, subordonnés à l'événement de la condition. Le droit de résolution est un droit principal, formant en quelque sorte une alternative avec le droit au prix dont il constitue l'abandon. Et si la résolution s'opère, la créance est réputée n'avoir jamais existé, de sorte que l'immeuble rentre rétroactivement dans le patrimoine du conjoint. Il constitue un propre pour cet époux (1).

338. Un doute analogue serait, pour d'autres motifs, susceptible de s'élever quand l'immeuble revient à un époux donateur en vertu d'une révocation de la donation pour cause d'ingratitude, laquelle a pu ne se produire que depuis le mariage du donateur. Mais s'il est vrai que les effets d'une semblable révocation soient parfois limités dans le passé, c'est seulement dans l'intérêt des tiers qui ont traité avec le donataire (art. 958). La communauté existant entre le donateur et son conjoint n'étant point au nombre de ces tiers, n'a aucun droit acquis sur ledit immeuble, de telle sorte qu'il s'agit, au profit de l'époux donateur, d'une révocation rétroactive dans ses effets au point de vue qui nous occupe. « Le conjoint, ainsi que le remarquait Pothier, n'en redevenant pas propriétaire en vertu d'aucun nouveau titre d'acquisition, il ne peut le redevenir qu'au même titre auquel il l'était lors de l'aliénation qu'il en a faite (2). »

(1) Pothier, *Tr. du cont. de mar.*, n. 189 s. ; Toullier, *op. cit.*, XII, n. 191, Tessier, *Société d'acquêts*, n. 38 et 42 (édit. de Loynes, p. 83, 85) ; Troplong; *op. cit.*, I, n. 518 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 295 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 437.

(2) Pothier, *Tr. de la communauté*, n. 188.

339. L'époux peut également, au cours du mariage, consolider son droit de propriété sans être réputé avoir acquis l'immeuble pendant la communauté. Ce qui est vrai de la prescription à cet égard, ne l'est pas moins de la ratification ou confirmation que le conjoint acheteur obtient, comme conséquence de l'abandon consenti par le vendeur, d'une action en nullité de la vente pour incapacité ou pour lésion de plus des sept douzièmes (sauf récompense à la communauté pour le supplément du prix payé). La solution serait analogue dans le cas de la ratification, au profit de l'époux acquéreur, d'une vente faite sans mandat, mais au nom du vrai propriétaire (1).

340. Dans l'opinion de ceux qui croient que l'article 1599 frappe de nullité absolue la vente de la chose d'autrui, il faut considérer comme une vente nouvelle la prétendue ratification consentie par le véritable propriétaire au profit de l'époux acheteur, qui avait traité d'abord avec un vendeur de la chose d'autrui, même de bonne foi.

341. Les partisans de la nullité relative admettront au contraire, volontiers, une distinction. Le véritable propriétaire a-t-il consenti à l'exécution de la vente antérieure au mariage ? Alors l'immeuble reste propre à l'époux acquéreur. C'est au contraire un acquêt de communauté, si ce propriétaire a passé une vente nouvelle (2).

342. Il conviendrait aussi d'attribuer à la communauté, à titre de conquêt, l'immeuble acquis au cours du mariage en vertu d'une prétendue transaction, bien que le conjoint ait traité, en son nom propre, comme possesseur de l'immeuble avant le mariage. Il ne faudrait pas, en effet, s'en tenir aux apparences et se laisser tromper par l'emploi inexact du mot transaction, si l'époux, ne pouvant maintenir aucune préten-

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 519 s. ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 50, p. 297, 298 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 296 ; Guillouard, *op. cit*, I, n. 438 s. ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 107.

(2) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 162 et 163 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 522 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 50, p. 297, 298 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 297 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 440 ; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n. 116 s.

tion sérieuse sur l'immeuble, l'a payé toute sa valeur à son adversaire, dont la propriété était certaine.

Il s'agit, en somme, de savoir si juridiquement et au fond des choses il y a eu ou non transaction, c'est-à-dire consolidation de l'ancien titre de possession par transaction, ou vraiment une acquisition nouvelle. La valeur pécuniaire des sacrifices consentis par l'époux facilitera cette appréciation. La transaction suppose des sacrifices réciproques, tandis que le désistement ou l'acquiescement, qui se cache sous une prétendue transaction, les met à la charge d'une seule des parties (1).

343. Remarquons enfin que les acquisitions d'immeubles, assurées à l'un ou à l'autre des époux par contrat de mariage, sont des acquisitions antérieures au mariage, et que par conséquent ces immeubles sont propres à l'époux. Ce dernier est, en effet, propriétaire au moment où l'union conjugale est contractée.

De là nous déduirons deux conséquences que voici :

1° Si l'acquisition est faite à titre onéreux, on ne peut pas y voir une cause de conquêt. En effet, pour que l'acquisition à titre onéreux profite de plein droit à la communauté, il faut qu'elle soit postérieure au mariage (2).

3° Si l'acquisition est à titre gratuit, nous pourrons aisément y voir une cause de propre, bien que la donation soit faite aux deux époux. Il faut, à ce sujet, rechercher l'intention du donateur, sans être gêné dans cette recherche, ni par les arguments *a contrario* déduits de l'article 1405, ni par les traditions de l'ancien droit sur les donations d'immeubles faites au cours du mariage.

C'est ici surtout que la qualité d'ascendant peut nous éclairer sur les intentions du donateur, et permettre même aux tribunaux de rectifier certaines erreurs de rédaction du contrat de mariage. Il ne faut pas cependant que le désir de conserver les biens dans les familles nous entraîne aussi

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 117 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 523 ; Laurent, *op. cit*, XXI, n. 297 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 439.

(2) Agen, 12 nov. 1814, S. chr.

loin que Pothier et bon nombre d'auteurs modernes (1). A ce point de vue, nous avons, — contrairement à ce qui se produit dans l'application de l'article 1405, — à lutter contre une tendance qui pourrait favoriser injustement un seul des époux, quand le disposant a déclaré vouloir les faire profiter tous les deux de sa libéralité (2).

B. *Immeubles acquis à titre lucratif pendant le mariage.*

344. Après avoir parlé des immeubles dont l'acquisition remonte avant le mariage, nous abordons l'étude des acquisitions faites pendant sa durée. La règle est ici que les immeubles forment des conquêts.

Mais les exceptions sont nombreuses, surtout parmi les acquisitions à titre gratuit. C'est au point que, dans une revision de notre législation, on pourrait achever la réforme commencée par les rédacteurs du code civil de 1804 à propos des donations. On pourrait renverser la règle en disant que tout immeuble acquis à titre gratuit durant le mariage est propre, à moins de volonté contraire exprimée par le donateur ou par le testateur.

345. Cette observation faite, nous allons traiter séparément de l'acquisition des immeubles par accession ou incorporation, par succession et par donation.

a. Acquisition immobilière par accession ou incorporation.

346. Toutes les augmentations ou tous les accroissements acquis par les biens propres pendant le cours du mariage profitent exclusivement à l'époux propriétaire, sauf récompense à la communauté, si elle a fait des déboursés pour les obtenir.

Mais il faut qu'il s'agisse de ce que Pothier appelait une

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 170 ; Tessier, *De la dot*, I, p. 146, note 262 ; Bugnet sur Pothier, *Traité de la communauté*, n. 170 à la note ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 590 ; Troplong, *op. cit.*, I, n. 600-603 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 49, p. 296, 297. — Colmar, 28 nov. 1816, S. chr.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 300 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 422 ; Mérignhac *op. cit.*, I, n. 388 ; *Rep. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 388.

union réelle, ne faisant juridiquement de l'immeuble et de ce qui s'y unit qu'un seul et même corps (1). Pour plus de clarté et de précision, disons qu'il faut une accession ou incorporation dans le sens voulu par le code civil aux termes de l'article 712. C'est là une application de la règle écrite dans l'article 551 : « *Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire...* »

347. Ainsi l'époux propriétaire d'un fonds voisin d'un cours d'eau bénéficiera de l'alluvion (art. 556), ou des relais que forme l'eau courante (art. 557), et aussi de l'accroissement résultant, soit de l'*avulsio* (art. 559) (2), soit de la formation dans la rivière d'une île, qui profite au fonds en tout ou en partie (art. 561) (3). Il en sera de même des constructions ou plantations faites sur un fonds propre à l'un des époux. S'il avait pu exister un doute à ce sujet, l'article 1437 le dissiperait. En effet, ce texte donne seulement droit à une récompense en faveur de la communauté pour les améliorations conférées aux immeubles propres (4).

348. Au contraire l'immeuble contigu à l'un des propres et acquis postérieurement au contrat de mariage formera un acquêt.

349. Toutefois, en présence de la formule de Pothier, on pourrait se demander s'il n'y a pas *union réelle*, lorsque la parcelle de terre acquise pendant la communauté est matériellement réunie au propre de l'un des époux, soit par une clôture commune, haie ou mur, soit par l'enlèvement des bornes, ou encore lorsque la maison propre à l'un des époux est augmentée par l'acquisition de bâtiments adjacents et que le tout est mis en communication par la suppression de murs ou de cloisons, par la création de portes, etc. En d'autres termes, faut-il appliquer à notre matière l'article 1019 par analogie? Nous croyons qu'il faut se montrer plus sévère

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 192.
(2) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 302 ; Guillouard, *op. cit*., I, 446.
(3) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 446.
(4) V. aussi les art. 553 à 555; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 574 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 303 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 446. — V. également *infra*, I, n. 842 s.

et exiger une véritable incorporation au sens juridique du mot, c'est-à-dire une incorporation telle qu'un tiers propriétaire aurait perdu le droit de revendication et devrait se contenter de dommages et intérêts (1).

b. Immeubles échus à titre de succession *ab intestat.*

350. Les immeubles qui échoient pendant le cours du mariage à l'un des époux en qualité d'héritier légitime, d'héritier naturel ou de successeur irrégulier, ne tombent point en communauté. Ils lui restent propres (art. **1404** al. 1er et **1402**). Ce mode d'acquisition a toujours été la cause de création des biens propres par excellence.

351. Si la succession échue à l'époux, héritier unique, est exclusivement composée d'immeubles, elle lui reste propre toute entière. Si, — ce qui est plus fréquent, — elle est composée pour partie de meubles et pour partie d'immeubles, les meubles entreront en communauté et les immeubles seuls resteront propres.

352. Dans l'hypothèse où la succession est dévolue à plusieurs héritiers et est purement immobilière, les droits de l'époux cohéritier lui restent propres pour la totalité. Il pourra donc réclamer, comme propre, même la soulte qui compléterait son lot ou sa part dans un immeuble licité. Soulte ou prix de licitation sont, en effet, ainsi que nous l'avons établi, des droits mobiliers qui restent propres à l'époux parce qu'ils proviennent de droits immobiliers qui eux-mêmes étaient des propres (2).

Mais quand la succession est pour une partie mobilière et immobilière pour l'autre partie, que convient-il de décider? Nous avons répondu par avance à cette question (3). Nous avons admis qu'il y avait à se préoccuper, non pas de la proportion des meubles et des immeubles composant la succession, mais uniquement du résultat du partage fait sans fraude. Quant aux partisans de la doctrine opposée à la nôtre,

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 574; Laurent, *op. cit*, XXI, n. 304; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 447.
(2) V. *supra*, I, n. 266.
(3) V. *supra*, I, n. 266.

tout en ne faisant tomber en communauté que les meubles mis au lot de l'époux, — et en les y faisant tomber intégralement, — ils prétendent qu'il faut corriger par une récompense, à la charge ou au profit de la communauté, le désaccord entre le résultat du partage et les droits de l'époux dans la copropriété indivise des meubles et des immeubles avant le partage. On assure de cette manière à l'époux des valeurs propres, égales à celles qu'il aurait obtenues si le partage avait été rigoureusement conforme à l'article 832.

353. Quoi qu'il en soit de cette question, discutée précédemment, il n'y a pas lieu, pour appliquer la règle d'après laquelle les immeubles échus en succession aux époux au cours du mariage leur restent propres, de faire une distinction entre les droits successoraux recueillis comme descendant, ascendant ou collatéral, comme héritier appelé au premier rang parmi les parents laissés par le défunt ou en qualité d'héritier venant seulement à la succession à la suite de la renonciation ou de la déclaration d'indignité des héritiers plus proches. Il ne saurait être question davantage de faire une distinction, — elle entraînerait de graves difficultés pratiques, — entre le droit primitif de l'héritier et l'accroissement résultant de la renonciation d'un héritier du même degré (1).

354. Est également un titre successoral et par conséquent une cause de propre, le droit de retour légal accordé à l'ascendant donateur par l'article 747 (2).

355. Même observation pour celui que l'article 351 établit au profit de l'adoptant et de ses descendants dans la succession de l'adopté, et que l'article 352 permet à l'adoptant d'exercer dans la succession des descendants de l'adopté (3).

356. Il faut mettre sur la même ligne le droit de retour

(1) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 306 ; Guillouard. *op. cit.*, I, n. 450.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 578 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 55, p. 299; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 308; Arntz, *op. cit.*, III, n. 572 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 451; Huc, *op. cit.*, IX, n. 109; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n° 935. — *Contra* Delvincourt, *op. cit.*, III, p. 18 des notes.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 579; Arntz, *op. cit.*, III, n. 572; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 451.

légal que l'article 766 reconnaît dans la succession de l'enfant naturel à ceux que la loi appelle les frères et sœurs légitimes de cet enfant (1).

357. Doivent encore être considérés comme acquis par succession, les droits que l'époux cohéritier fera valoir dans le partage à la suite de l'exercice du retrait successoral (art. 841). Cette solution, généralement admise (2), a été pourtant contestée par un interprète autorisé (3). Le titre succession, prétend-il, est essentiellement gratuit. Or le retrait successoral ne s'exerce qu'à prix d'argent. C'est une acquisition à titre onéreux ; les droits immobiliers ainsi acquis sont donc des conquêts de communauté. Cette opinion semble devoir rester isolée. Le retrait successoral est, en effet, un droit qui naît de la qualité d'héritier. « C'est, dit très exactement M. Guillouard (4), un moyen donné aux héritiers d'écarter les étrangers de la succession : ce ne serait pas arriver à ce résultat que de substituer la communauté à l'étranger acquéreur de la part héréditaire. » Du reste, le retrait successoral ne rentre-t-il pas dans les termes si larges de l'article 1408, visant : « l'acquisition faite pendant le mariage à titre de licitation ou *autrement* de portion d'un immeuble... », et déclarant que cette acquisition « ne forme point un conquêt » ? Ce texte répond, en même temps, à l'objection que le titre successoral est essentiellement gratuit. Cela n'exclut pas, ainsi que le montre l'article 1408, la possibilité d'obtenir un accroissement de l'émolument du titre moyennant une somme d'argent dont il sera dû récompense à la communauté.

Peut-être n'est-il pas inutile de signaler les complications qu'entraînerait le système contraire. Voit-on, par exemple, l'époux qui n'avait qu'un seul cohéritier, et qui, exerçant le retrait successoral contre le cessionnaire de celui-ci, croyait

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 580.

(2) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 134 *bis*; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 186; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 577 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 56, p. 299 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 572; Massé et Vergé, sur Zachariæ, IV, note 39, p. 74 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 452 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 109 ; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n° 935.

(3) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 309.

(4) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 452.

être désormais seul et unique propriétaire de tous les biens héréditaires, jeté dans une nouvelle indivision avec la communauté conjugale? Cela serait bien pis, si nous supposions plusieurs cohéritiers ayant tous collectivement exercé le retrait de l'article 841. Chacun de ces cohéritiers qui serait marié en communauté aurait en propre, non pas tous les immeubles de son lot, mais seulement ce qui correspondrait à ses droits dans la succession avant l'exercice du retrait ; et cela dans une législation qui, pour simplifier la situation, règle par le résultat du partage la répartition des droits de l'époux et de la communauté.

c. Immeubles donnés ou légués à l'époux à titre de propres.

358. Nous avons indiqué ci-dessus les innovations de notre législateur et exposé sa théorie nouvelle sur les donations et legs d'immeubles (1).

Dans l'ancien droit, toute libéralité procurait un conquêt de communauté à moins d'émaner d'un ascendant, hypothèse dans laquelle cette libéralité, considérée comme un avancement d'hoirie, créait un propre au profit du conjoint gratifié.

359. Sous l'empire du code civil, l'article **1405** nous a paru établir la double présomption que voici :

1° L'immeuble donné ou légué à *l'un des époux* est présumé propre, à moins de manifestation de volonté contraire de la part du disposant.

2° L'immeuble donné ou légué aux *deux époux* conjointement et indivisément sans assignation de parts est, au contraire, présumé donné à la communauté (2).

Au surplus, le donateur ou le testateur peut disposer, à son gré, soit au profit de la communauté, soit au profit des époux. Le rôle du juge est de découvrir ses intentions d'après les termes de la libéralité et d'après les circonstances mêmes de la cause.

360. Autrement dit, les immeubles donnés ou légués

(1) V. *supra*, I, n. 318 s.

(2) V. spécialement pour la donation déguisée sous la forme d'une vente et d'un contrat d'entretien du prétendu vendeur : Chambéry, 3 avril 1901, *Gaz. trib.*, 1901. 1. 478.

seront propres à l'époux gratifié lorsque la libéralité ne s'adressera qu'à lui, le disposant n'ayant point manifesté la volonté que les biens soient traités comme des acquêts (art. 1405).

Quant aux immeubles donnés aux deux époux, nous les présumons communs. Mais nous admettons la preuve par tous les moyens que le disposant a entendu assurer, à titre de propre, une partie de la libéralité à chacun des époux, et permettre par suite à la femme d'en profiter malgré sa renonciation à la communauté (1).

361. Il importe donc de ne pas confondre les immeubles acquis par donation ou par legs avec ceux qui l'ont été à titre onéreux.

Rappelons, à cette occasion, qu'une donation avec charges n'en constitue pas moins une libéralité, créant un propre si elle a pour objet un immeuble, sauf récompense due à la communauté si cette dernière a acquitté les charges.

Toutefois, il faut se rendre un compte exact de la réalité et ne pas s'en tenir aux qualifications parfois inexactes de l'acte.

C'est ainsi que serait un conquêt, l'immeuble acquis par une prétendue donation dont les charges égaleraient l'émolument (2).

En sens inverse, constituerait un propre l'immeuble acquis par une donation déguisée sous la forme d'une vente. C'est alors à l'époux ou à ses héritiers à faire, après la dissolution de la communauté, la preuve du déguisement (3).

En vertu de ces principes, on a considéré comme propre l'immeuble vendu en apparence à l'un des époux à charge de rente viagère, alors qu'il était reconnu en fait, que cette

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 168; Renusson, *Communauté* liv. I, chap. III, n. 19 s.

(2) V. *supra*, I, n. 323; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 592; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 57, p. 299; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 313; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 454; Huc, *op. cit.*, IX, n. 112 *in fine*.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 592; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 58, p. 299 et 300; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 453; Huc, *op. cit.*, IX, n. 112 *in fine*.

prétendue vente était une donation dont la charge était notoirement inférieure à la valeur du bien donné (1).

C. *Immeubles acquis à titre onéreux dans certains cas exceptionnels.*

362. Les immeubles acquis à titre onéreux pendant la communauté forment, de droit commun, des acquêts. Ils sont réputés acquis à l'aide d'autres biens de la communauté, et, le plus souvent, au moyen des économies faites sur les revenus des propres ou sur le produit du travail des époux.

Cette supposition se trouve, toutefois, souvent en défaut. Aussi la règle comporte-t-elle de nombreuses exceptions.

Nous allons étudier les trois principales. Il va s'agir :

1° De l'abandon d'un immeuble par un ascendant à titre de dation en paiement ou à charge de payer les dettes du donateur à des étrangers (art. 1406).

2° De la subrogation réelle soit par voie d'échange, soit par voie de remploi au moyen d'une vente et d'un achat (art. 1407, 1434-1435).

3° De l'acquisition de droits indivis dans un immeuble dont l'époux acquéreur est copropriétaire (art. 1408) (2).

a. Abandon d'un immeuble par un ascendant à titre de dation en paiement ou à charge de payer des dettes.

363. Nous venons de voir que certaines acquisitions à titre onéreux sont très voisines des acquisitions à titre gratuit. Cela est surtout vrai quand l'aliénation émane d'un ascendant. Mais il ne s'agit pas, dans notre cas, de distinguer entre la donation grevée de charges et l'acte à titre onéreux. Le législateur, dans l'article 1406, plaçant nettement en dehors de ses prévisions la donation avec charges pour laquelle il n'y a pas à distinguer selon que le bien est donné,

(1) Montpellier, 13 nov. 1844, *Journ. du Pal.*, 45. 1. 541.

(2) L'explication de l'article 1595-2° qui se rattache à la théorie du remploi des propres de la femme ne rentre pas dans notre cadre. Nous nous contentons, à ce sujet, de renvoyer à Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, n. 211 s. Cpr. *infra*, t, n. 387, texte et note. — Nancy, 6 mai 1899, *Gaz. Pal.*, 99.2.88.

par un ascendant ou un étranger, et à laquelle les articles 1402 et 1405 sont applicables (1), suppose que le descendant qui reçoit de son ascendant ne réalise point de bénéfice, de sorte que l'aliénation doit être qualifiée à titre onéreux.

Voici cet article 1406 : « *L'immeuble abandonné ou cédé* « *par père, mère ou autre ascendant, à l'un des deux époux,* « *soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à la charge de* « *payer les dettes du donateur à des étrangers, n'entre point* « *en communauté, sauf récompense ou indemnité.* » Ce texte résume la théorie des *accommodements de famille.*

364. L'origine première de cette théorie, dont l'article 1406 est l'expression dans notre code civil, est fort ancienne. Elle remonte à la féodalité. Elle fut imaginée dans le but d'échapper à la nécessité de payer les profits seigneuriaux. Voici comment. Lorsqu'une pure donation en avancement d'hoirie, ayant pour objet un fief, était faite, elle échappait au droit de *relief.* Or, supposons qu'un père ou un ascendant, ayant promis une dot en argent à son fils ou à son descendant, lui remette en paiement un fief ou une censive. Cette opération qui, au fond, constitue une dation en paiement, va-t-elle être considérée comme telle ? Si oui, *le profit de quint* sera dû, et c'était assurément la solution logique à donner. Cependant la coutume de Paris, dès sa réformation, décida le contraire dans son article 26. Elle admit que, dans notre hypothèse, le profit féodal n'était pas dû. On reconnut également que si un ascendant faisait à son descendant abandon d'un bien à charge de payer ses dettes, cet abandon onéreux devait être traité comme l'était une pure donation en avancement d'hoirie.

Du droit féodal, dans lequel cette théorie avait été édifiée pour soustraire l'opération qui nous occupe au paiement des droits féodaux, — tout comme l'avait été dans le même but la théorie du partage déclaratif, — elle passa dans le droit civil où nous la voyons adoptée, au point de vue purement civil, sous le régime de communauté. Elle était d'ailleurs,

(1) V. *supra*, I, n. 323, 361.

ainsi que le fait observer Pothier (1), en parfaite harmonie avec l'idée de la conservation des biens propres dans les familles. Il en résultait, en effet, que l'immeuble acquis dans les conditions que nous venons de dire, par conséquent à titre onéreux au cours de la communauté, était considéré néanmoins comme bien propre. Il fallait que cet immeuble fût conservé dans la famille, qu'il fût un propre de succession ; on devait donc le traiter nécessairement comme propre de communauté et comme donné en avancement d'hoirie.

C'est de notre ancien droit que cette solution est passée dans notre code. L'article 1406 n'y est pas d'ailleurs un texte isolé. Il fait partie de tout un ensemble de dispositions (art. 1407, 1408, etc.), qui s'inspirent d'une idée générale, à savoir qu'il est bon de multiplier les propres immobiliers autant que possible sous la réserve du paiement d'une récompense à la communauté.

365. Quoi qu'il en soit, lorsqu'un ascendant est débiteur d'un descendant, la loi décide qu'il faut assimiler à un avancement d'hoirie l'abandon d'un immeuble en paiement de la dette, quelle que soit d'ailleurs la cause de cette dette : constitution de dot, reliquat de compte de tutelle, emprunt, etc. (2).

L'ascendant, qui n'a guère à redouter des poursuites rigoureuses, aurait pu laisser les choses en état jusqu'à son décès, et l'immeuble aurait été, par succession, transmis à ses descendants, peut-être à celui qui est créancier. L'immeuble serait donc resté dans la famille, à moins que l'héritier qui le recueille n'eût préféré le vendre pour payer la dette de l'ascendant. En l'abandonnant au descendant créancier, l'ascendant songe sans doute moins à s'acquitter qu'à assurer le maintien de ce bien dans la famille, et à faciliter les relations entre parents à son décès. Il s'agit bien là d'un pacte ou *accommodement de famille*, selon l'expression de Pothier.

De même, il arrive souvent que des parents vieillis font

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 139.

(2) Req., 3 juin 1844, S., 44. 1. 673. — Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 581 s.; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507 texte et note 59 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 315 s. ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 457 s. ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 114.

l'abandon de leurs biens à leurs descendants. Si la situation est prospère, il s'agit seulement de décharger l'ascendant du fardeau de l'administration, d'assurer son repos, de donner aux descendants l'occasion de déployer, en temps utile, toute leur activité. Peut-être aussi s'agit-il d'alléger, pour l'ascendant, le fardeau de ses dettes, de conjurer sa ruine. Dans ce cas, doit-on considérer les biens abandonnés à charge de payer les dettes comme propres ou comme acquêts, selon que le montant de ces dettes est inférieur ou égal à leur valeur vénale? Non, d'après l'article 1406. Les immeubles abandonnés seront toujours des propres, sauf récompense à la communauté conjugale du descendant.

En somme, le principe de la conservation des biens dans les familles, moins énergique qu'autrefois, joue son rôle dans notre hypothèse ; mais il se mêle à une idée de pacte de famille. En effet, s'il s'agissait uniquement de conserver les biens dans la famille, toute aliénation à titre onéreux, consentie par un ascendant à son descendant, devrait constituer un bien propre. Or l'article 1406, expliqué par la tradition, est plus restrictif. Il n'admet cette solution que si l'on est en présence d'une dation en paiement ou d'un abandon à charge de payer les dettes de l'ascendant disposant.

Toute autre aliénation à titre onéreux est en dehors des prévisions de l'article 1406 et reste soumise au droit commun, comme si l'aliénateur, au lieu d'être un ascendant, était un étranger. Il en est ainsi spécialement de la vente consentie par un ascendant à son descendant, pour un prix que celui-ci doit lui payer moyennant une rente perpétuelle ou viagère (1).

L'article 1406 est donc une disposition exceptionnelle qu'il faut se garder d'étendre.

Ainsi la cession faite à un conjoint par un ascendant de l'autre conjoint ne rentre pas dans les termes de cet article.

(1) Troplong, *op. cit.*, I, n. 628; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 587; Aubry et Rau, *op. cit*, V, § 507, texte et note 60, p. 300; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 320; Arntz, *op. cit.*, III, n. 581; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 457; Huc, *op. cit.*, IX, n. 114. — Caen, 1er août 1844, *Journ. du Palais*, 1844. 2. 621. — V. cep. Colmar, 20 janv. 1831, S., 32. 2. 355. — Cpr. Trib. Empire d'Allemagne, 30 juin 1891. S., 94. 4. 27, D., 93. 2. 116.

alors même qu'il s'agirait d'assurer le paiement des dettes de cet ascendant. Que conviendrait-il de décider toutefois, si l'ascendant de la femme, débiteur de la dot en argent qu'il lui a constituée, abandonnait un immeuble, non à la femme, mais au mari, en paiement de cette dot tombée en communauté? Il est évidemment bien difficile de dire, ici, que l'ascendant a fait l'abandon en paiement de ce qu'il devait à la femme, surtout si celle-ci renonce à la communauté. Faudrait-il alors distinguer selon que l'épouse répudie la communauté ou qu'elle l'accepte? Non. La distinction des propres et des acquêts ne saurait dépendre de ces circonstances. Nous croyons que dès que l'abandon n'aura pas été fait par son ascendant au profit de la femme à qui la dot avait été promise, c'est à la communauté qu'appartiendra l'immeuble (1).

366. De même que la cession faite à un autre qu'un descendant échappe à l'application de l'article 1406, de même la cession faite par un autre qu'un ascendant se place en dehors de ses termes. Constitue donc un conquêt l'immeuble qui est cédé, par exemple, par un oncle à son neveu, aux fins indiquées par l'article 1406, le neveu fût-il son héritier présomptif (2).

367. Mais si l'on doit ne pas étendre la loi au delà de ses véritables limites, il importe non moins de n'en pas restreindre arbitrairement la portée. Ainsi, l'article 1406 s'appliquerait à l'abandon fait par un ascendant quel qu'il soit et alors même que le descendant au profit duquel l'abandon a lieu, étant précédé par des parents plus proches, se trouverait n'être pas héritier de l'ascendant lors du décès de celui-ci (3).

368. Pour présenter une théorie complète de l'article 1406, il conviendrait, désormais, d'apprécier l'étendue de la récompense que le conjoint descendant, bénéficiaire de l'abandon,

(1) Si l'abandon, émané de l'ascendant, avait lieu au profit de la femme, l'article 1406 serait alors applicable. Req., 3 juill. 1844, S., 44. 1. 673.

(2) Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1406, n. 4; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 586; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 317; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 459.

(3) Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, n. 67; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 585; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 34 *bis*, VI; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 318; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 460.

doit à la communauté. C'est là un point dont nous renvoyons l'examen à la théorie des récompenses (1).

b. Immeubles subrogés par voie d'échange ou de remploi à des immeubles propres.

369. Une seconde exception, bien justifiée, à la règle que les immeubles acquis à titre onéreux forment des acquêts, doit être admise lorsqu'il est légalement certain que l'acquisition provient de l'aliénation d'un bien propre.

Pothier disait déjà qu'en une telle occurrence l'immeuble nouveau est *subrogé réellement* à l'ancien, c'est-à-dire doit juridiquement jouer le même rôle et en prendre la place (2). Le mot *subrogé* est reproduit par l'article 1407, qui règle le cas où un immeuble propre est échangé contre un autre immeuble. Mais cette subrogation réelle est également admise par les articles 1434 et 1435, dans le cas de vente d'un immeuble propre et d'achat d'un nouvel immeuble, avec cette double déclaration que cet achat est fait avec le prix de l'immeuble aliéné et pour lui tenir lieu de remploi.

Il importe donc de rapprocher dans une même explication ces deux hypothèses, dont le règlement doit se faire d'après les mêmes principes. Dans les deux cas, il y a remploi au sens large du mot. Le remploi *lato sensu* signifie, en effet, le remplacement d'un bien propre par un autre bien propre.

370. Nous allons envisager d'abord le cas d'échange, puis celui du remploi proprement dit.

1° *Echange.*

371. « *L'immeuble acquis pendant le mariage à titre* « *d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des deux* « *époux, n'entre point en communauté, et est subrogé au lieu* « *et place de celui qui a été aliéné, sauf la récompense s'il y* « *a soulte* » : ainsi s'exprime l'article 1407.

L'immeuble acquis durant la communauté à titre d'échange contre un immeuble propre à l'un des époux est donc lui-

(1) V. *infra*, I, n. 838.

(2) Pothier, *Tr. de la communauté*, n. 197. Toutefois, les privilèges et hypothèques qui grevaient l'immeuble aliéné ne sont pas transférés sur l'immeuble acquis par voie d'échange ou de remploi. Rappr. Civ. cass., 12 avril 1902, D., 1904. 1. 389.

même propre à cet époux. Cette subrogation réelle de l'immeuble acquis en contre-échange à l'immeuble échangé se produit de plein droit sans aucune déclaration, ni formalité (1). On conçoit d'ailleurs très bien que le législateur ait, dans notre hypothèse, considéré comme inutiles les déclarations exigées par les articles 1434 et 1435 pour établir, d'une façon certaine dans le remploi, la corrélation directe de la vente et de l'achat. En effet, dans l'échange, la subordination de l'aliénation d'un immeuble à l'acquisition de l'autre résulte nécessairement de l'unité de l'opération juridique (2).

372. En étudiant le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, nous avons recherché si la subrogation réelle, admise par l'article 1407, résultait du régime adopté, ou si elle était subordonnée au consentement tacite des parties.

Nous avons vu qu'on admet généralement le droit pour l'époux de stipuler, dans l'acte d'échange, que, s'il consent à aliéner son immeuble propre, il n'entend nullement devenir propriétaire de l'immeuble acquis en contre-échange, et qu'il e laisse pour compte à la communauté à titre d'acquêt (3). Nous renvoyons à l'exposé des scrupules que nous inspire cette solution absolue. Que les époux puissent, en se plaçant en dehors du cas prévu par l'article 1407, réaliser l'aliénation d'un propre et acquérir en même temps un immeuble au profit de la communauté, rien de plus légitime ni de plus aisé ; mais ce dont nous doutons, c'est que l'échange direct d'un propre contre un autre bien produise un propre ou un acquêt au gré des conjoints, en vertu d'une simple déclaration de volonté (4).

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 651 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 355 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 582 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 464 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 116.

(2) Nancy, 3 mars 1869, S., 69. 2. 257, D., 69. 2. 85 et Civ. rej., 9 août 1870. S., 70. 1. 409, D., 71. 1. 156. — Req., 22 nov. 1859, S., 60, 1. 549, D., 60. 1. 10.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 652 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note, 63, p. 301 et § 503 *bis*, texte et note 23 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 465. — Req., 31 juill. 1832, S., 32. 2. 505.

(4) Cpr. Laurent, *op., cit*, XXI, n. 358. — V. *supra*, I, n. 94.

373. Le législateur a prévu que l'échange n'aurait pas toujours lieu but à but, et qu'il serait souvent compliqué d'une soulte.

La soulte donnera lieu à récompense, déclare l'article 1407. Et il ne distingue, ni entre la soulte due par l'époux ou celle qui lui est due, ni selon que la soulte est plus ou moins importante, inférieure, égale ou supérieure à la moitié de la valeur de l'immeuble cédé par le créancier de cette soulte.

Il en faudrait conclure, semble-t-il, que là où le législateur ne distingue pas, l'interprète n'a pas le droit de distinguer.

Mais on objecte que cette solution doit être écartée, et qu'il faudra parfois considérer comme un conquêt l'immeuble acquis par l'un des époux, s'il s'est constitué débiteur d'une trop forte soulte. Sinon, on permettrait aux conjoints de se créer des propres à leur volonté. Cette objection surprend quelque peu de la part de ceux qui, sur la question précédente, proclament que le régime de la communauté est un régime de liberté, et que les époux peuvent à leur gré écarter l'application de l'article 1407. Ils seraient libres de l'écarter, mais non de l'invoquer à leur gré, ce qui, dit-on, est moins dangereux.

Quoi qu'il en soit, il nous semble que le désir de faire des propres à leur volonté serait modéré, chez les époux, par l'obligation de payer des récompenses. Il le serait aussi par la nécessité de faire une déclaration très nette dès le moment de l'acquisition, dans l'acte même, puisque qualifier cette acquisition d'échange, c'est, de la part de l'époux échangiste, déclarer sans équivoque qu'il acquiert pour soi-même.

Nous ajouterons que personne ne doit cependant hésiter à refuser de voir un véritable échange, dans l'acte par lequel un des conjoints prétendrait acquérir pour lui-même un immeuble au moyen d'un prix, dont une partie infime serait acquittée par la cession d'un bien propre d'une valeur relativement insignifiante.

Mais dans tous les autres cas, en présence des termes de l'article 1407, avons-nous le droit, sous ce prétexte que la soulte due par l'époux est égale, par exemple, aux six dixiè-

mes de la valeur de l'immeuble obtenu en contre-échange, de dénier la qualification d'échange à un acte que les parties ont appelé de ce nom et qu'elles ont pu sérieusement considérer comme tel ?

Là est la question vraiment délicate.

Remarquons, d'abord, que la difficulté n'existe pas lorsque l'époux est créancier de la soulte. En effet, si l'un des conjoints a échangé un immeuble à lui propre contre un autre immeuble valant environ 15.000 francs et une soulte de 25.000 francs, le nouvel immeuble est bien subrogé à l'ancien ; mais il n'en tient lieu que jusqu'à concurrence de 15.000 francs. Pour le surplus, soit pour une valeur de 25.000 francs (ou 5/8es), l'immeuble échangé est représenté par une somme d'argent, dont il ne pourra être fait emploi en acquisition d'un propre que moyennant l'accomplissement des formalités prescrites par les articles 1434 et 1435. Ici, *par la force des choses,* l'opération se dédouble *au point de vue du remploi.* Jusqu'à concurrence de 15.000 francs seulement, c'est un échange ; pour le surplus, le remploi est soumis aux règles de l'*achat qui suit une vente.*

C'est peut-être pour cela que Pothier est d'avis que, dans l'hypothèse inverse, — nous allons voir pourtant qu'il n'y a pas réciprocité, — il faut aussi considérer le contrat comme mixte et le dédoubler, si le conjoint a promis une soulte égale ou supérieure à la valeur de l'immeuble qu'il a donné en échange (1). Bien que cette opinion ait rallié beaucoup de suffrages (2), nous la repoussons, du moins quand il ne résulte pas du contrat que les époux ont entendu que l'immeuble obtenu en contre-échange serait propre jusqu'à concurrence de l'ancien immeuble, et acquêt pour le surplus. Nous ne croyons pas qu'il soit conforme aux tendances de notre droit d'imposer aux conjoints, contre leur gré, un état

(1) Pothier, *Traité de la communauté,* n. 197.

(2) Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil,* V, p. 62 ; Odier, *op. cit.,* I, n. 130 ; Troplong, *op. cit.,* I, n. 637 ; Marcadé, *op. cit.,* sur l'art. 1407, n. 1 ; Rodière et Pont, *op. cit.,* I, n. 649 ; Aubry et Rau, *op. cit.,* V, § 507, texte et note 62, p. 301 ; Arntz, *op. cit.,* III, n. 582 ; Mérignhac, *op. cit.,* I, n. 450 s. ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté,* n. 450 s. ; Planiol, *op. cit.,* III, 2e édit., n. 946.

d'indivision relatif à un bien particulier. D'ailleurs, l'article 1407 ne fait aucune distinction. Le législateur semble avoir voulu qu'il y eût échange pour le tout, sauf récompense en cas de soulte ; ou que l'idée d'échange fût totalement écartée.

De nombreux auteurs sont de cet avis. Mais ils se divisent quand il s'agit de déterminer les cas dans lesquels la notion d'échange doit prévaloir (1).

Il nous semble, d'abord, que l'article 1407 doit être appliqué sans hésitation, non seulement quand la soulte à la charge de l'époux est inférieure à la valeur de l'immeuble par lui cédé, mais encore lorsqu'elle serait sensiblement égale. Sinon, nous serions contraints de nouveau à diviser l'opération, faute de savoir de quel côté la faire pencher.

Mais ne faut-il pas faire un pas de plus ? Admettant la même solution, ne convient-il pas d'écarter l'opinion de ceux qui veulent que si la soulte est supérieure à la valeur de l'immeuble abandonné par l'époux, le caractère de vente soit prédominant? L'immeuble nouveau, d'après ces auteurs, serait un conquêt, comme étant acquis au moyen d'un achat dont une partie du prix serait payée par la dation en paiement de l'immeuble de l'un des époux.

Que cette dernière solution soit vraie lorsque telle a été la volonté exprimée des parties, nous l'admettons volontiers (2). Mais pourquoi n'auraient elles pas le droit de manifester une volonté contraire? L'article 1407 ne le leur permet-il pas, sans qu'on ait à craindre le bouleversement des principes de la communauté?

Quoi qu'il en soit et quelle que fût même la qualification de l'acte vente ou échange, l'immeuble acquis par l'époux lui appartiendrait certainement en propre pour la totalité,

(1) Cpr. d'une part Toullier, *op. cit.*, XII, n. 149, 150; Laurent, *op. cit.*, XXI n. 357 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 116 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 640, p. 76, note 44, et d'autre part Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, I, p. 213 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 466. — V. égal. Civ. rej., 9 août 1870, S., 70. 1. 409, D., 71. 1. 156.

(2) V. Nancy, 3 mars 1869, S., 69. 2. 257, D., 69. 2. 85. — V. Civ. rej., 9 août 1870 à la note précédente.

s'il avait stipulé expressément que la portion de cet immeuble payée en argent lui serait acquise à titre de remploi anticipé. Pour plus de clarté, supposons que l'époux acquiert un immeuble d'une valeur de 12.000 francs, moyennant l'abandon d'un propre de 5.000 francs et la promesse d'une soulte ou supplément de prix de 7.000 francs, avec stipulation que, à concurrence de cet excédent de valeur, l'immeuble acquis servira de remploi anticipé. Cette clause serait valable sans conteste, et la controverse que nous venons d'exposer perdrait tout intérêt (1).

374. En dressant le tableau des propres mobiliers, nous mentionnerons qu'il faut, sans hésiter, généraliser le principe de l'article 1407, et admettre la possibilité de créer des propres par l'échange de meubles ou d'immeubles propres contre des biens qui, eux aussi, appartiendront en propre à l'époux échangiste, peu importe qu'ils soient de nature mobilière ou immobilière (2).

2° Remploi ou achat d'un immeuble avec le prix d'un bien propre aliéné et pour qu'il en tienne lieu.

375. Nous avons à parler, sous cette rubrique, des immeubles achetés durant la communauté en remploi des propres aliénés.

Le remploi proprement dit est, comme le remploi par voie d'échange, le remplacement d'un immeuble propre par un nouvel immeuble, qui va revêtir juridiquement la qualité de propre. Seulement, dans notre hypothèse, le remplacement, au lieu d'être immédiat, direct, et par lui-même apparent, va se faire au moyen de deux opérations juridiques, dont la seconde devra être reliée à la première par des déclarations précises.

376. L'origine historique du remploi ne remonte guère au delà du XVI^e^ siècle. Nous verrons que cette théorie a des

(1) V. *infra*, I, n. 381.

(2) V. *infra*, I, n. 474. — Toullier, *op. cit.*, XII, n. 151 s.; Rodière et Pont *op. cit.*, I, n. 648; Troplong, *op. cit.*, I, n. 638; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 468. — V. cep. Arntz. *op. cit.*, III, n. 584; Bellot des Minières, *Tr. du contrat, de mariage*, II, p. 200 s. — Cpr. Civ. cass., 16 nov. 1859, S., 60.1.241; D. 59.1490..

liens intimes avec celle des récompenses (art. 1470-2°) (1).

Jusqu'au XVI[e] siècle environ, le prix du propre vendu entrait en communauté. Tout le monde connaît l'adage cité par Loysel : « Car ce qui se disoit jadis, que le mari se devoit relever trois fois la nuit pour vendre le bien de sa femme, a finalement été réprouvé par plusieurs arrêts et coutumes modernes (2). » On comprit, en effet, de bonne heure, l'iniquité d'un résultat qui enrichissait ainsi la communauté aux dépens des époux ou de l'un d'eux seulement, ce qui est plus grave. Cette ancienne règle pouvait empêcher, de la part de l'époux éclairé, une vente pourtant désirable, et paralyser, en fait, le droit d'aliénation.

Le premier remède à cet inconvénient consista à insérer dans les contrats de mariage, ou dans les contrats d'aliénation, une clause stipulant qu'il serait dû remploi du prix sur les biens de la communauté.

Puis, cette clause devint tellement générale qu'elle passa, comme une règle tacite de la communauté, dans la nouvelle rédaction de la coutume de Paris (art. 232). On peut rapprocher de ce texte l'article 192 de la coutume d'Orléans.

La jurisprudence, développant la règle nouvelle, en tira cette conséquence, à savoir que la reprise ou le remploi pourrait être opéré, pendant la communauté, au moyen de l'acquisition d'un immeuble qui tiendrait lieu de l'ancien.

Telle fut l'évolution dont les articles 1434 et 1435 se sont inspirés. Ces textes continuent donc les traditions de l'ancienne jurisprudence.

377. On distingue deux espèces de remplois : le remploi *facultatif* et le remploi *conventionnel*. Le remploi *facultatif* est celui qui, dans le silence du contrat de mariage, est autorisé mais non imposé par la loi. S'il n'a pas été fait remploi du prix du bien propre aliéné, l'époux en exerce la reprise au moyen d'une récompense contre la communauté qui a encaissé le prix (art. 1436, 1470-2°). Mais souvent les clauses du contrat de mariage modifient plus ou moins les

(1) V. *infra*, I, n. 803.

(2) V. *Institutes coutumières*, maxime 116, liv. II, tit. 2, *Du mariage*, XIV, 1, p. 152 (édit. Dupin et Laboulaye).

règles du remploi telles qu'elles sont écrites dans le code civil, par exemple en rendant ce remploi obligatoire pour le mari ou même pour les tiers acquéreurs du bien aliéné. Voilà le remploi *conventionnel*.

378. Nous traiterons d'abord du remploi *facultatif* tel qu'il est organisé par le code civil, puis du remploi *conventionnel*. Nous retrouverons d'ailleurs la théorie du remploi sous le régime dotal où elle prend un caractère particulier (1).

379. I. *Remploi facultatif.* — Il nous faut étudier à cette occasion les conditions du remploi et ses effets.

380. A. En ce qui concerne d'abord les conditions, celles-ci se réduisent à trois. Tout remploi suppose :

1° L'aliénation d'un bien propre ;

2° L'acquisition d'un autre bien qui va être propre à la place du premier ;

3° Certaines déclarations ou manifestations de volonté qui varient quelque peu, par la force des choses, selon que le remploi a pour objet un propre du mari ou un propre de la femme.

Reprenons, pour les développer successivement, chacune de ces trois idées.

381. 1° Le remploi suppose avant tout un bien propre aliéné qu'il s'agit de remplacer dans le patrimoine de l'époux propriétaire.

Faut-il conclure de là que l'aliénation doive nécessairement précéder l'acquisition ? Quelques auteurs l'ont soutenu (2). Les articles **1434** et **1435**, dit-on, parlent d'une acquisition avec des deniers *provenus* de l'immeuble propre vendu. Cela suppose le prix déjà reçu, ou tout au moins versé directement par l'acquéreur du propre aux mains du vendeur du bien acquis en remploi. Cette opinion n'a guère été suivie.

Il est, en effet, impossible d'entendre les textes avec cette rigueur. Le régime de communauté n'est pas un régime de défiance. Or l'administration des propres serait entravée sans

(1) V. *infra*, III, n. 1585 s., 1708 s., 1729 s., 1749 s.

(2) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 370; Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, I, n. 521. — Paris, 27 janv. 1820, S. chr. — Rapp. Bourges, 1er août 1838, S., 38. 2. 455.

motifs, si l'époux ayant quelque velléité d'aliéner un propre, ne pouvait pas auparavant se préoccuper avec prudence de s'assurer l'acquisition d'un bien plus avantageux (1).

Il y a des interprètes qui admettent sans doute, comme nous, que le remploi anticipé est valable dans les rapports des époux entre eux. Mais ils prétendent qu'il n'est pas opposable aux tiers ayant acquis des hypothèques légales ou judiciaires sur les acquêts de communauté avant l'aliénation du bien qu'il s'agit de remplacer (2). Nous répudions, en ce qui nous concerne, cette distinction qui nous paraît arbitraire.

Toutefois, un arrêt de la cour d'Angers (3), approuvé par Troplong (4), objecte à notre doctrine que, du moins, le remploi anticipé doit être interdit au mari pour son propre compte. Il pourrait se ménager ainsi des moyens de rendre sa condition meilleure aux dépens de la communauté, en gardant pour lui les acquisitions que les événements ultérieurs rendraient avantageuses.

Il nous paraît certain, en effet, quoi qu'on en ait dit (5), que le remploi anticipé permet de plus graves abus de la part du mari que du côté de la femme. Le danger le plus grand n'est pas qu'un époux, qui voulait d'abord vendre un immeuble, refuse de l'aliéner et laisse pour compte à la communauté l'acquisition désavantageuse faite par anticipation. Il est autrement grave de permettre au mari d'insérer à son profit une clause de remploi dans tous les actes d'acquisition qu'il est maître de faire sans le consentement de sa femme.

Notre conclusion n'est pas, sans doute, qu'il faille faire en

(1) Benech, *De l'emploi et du remploi*, p. 203 s. ; Marcadé, *op. cit.*, sur les art. 1434 et 1345, n. 4; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 676, 677 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 64, p. 302 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 79 *bis*. VII et VIII; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 361; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 234 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 473 ; Huc, *op. cit.*, IX, n, 200 *in fine* ; Planiol, *op. cit.*, III, 2e éd., n. 957. — Req., 23 nov. 1826, S. chr. — Req., 5 déc. 1854, S., 55.1.353, D., 55. 1. 74. — Civ. cass., 14 mai 1879, S., 80. 1. 17, D., 79. 1. 420. — Req., 8 nov. 1886, S., 87. 1. 61, D., 87. 1. 395. — Req., 7 juill. 1891, S., 94. 1. 458. D., 92. 2. 185.

(2) Zachariæ, § 511, note 4 *in fine* ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 535.

(3) Angers, 6 mars 1844, S., 46. 2. 37, D., 45. 2. 57.

(4) Troplong, *op. cit.*, II, n. 1151.

(5) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 475 *in fine*.

principe une distinction selon que le remploi anticipé concerne le mari ou la femme. Les tribunaux devront seulement aviser à prononcer la nullité du remploi si, par extraordinaire, un mari avait en quelque sorte rendu de style la clause de remploi anticipé dans une série d'acquisitions d'immeubles d'une valeur bien supérieure aux remplois possibles de sa part, et s'il avait laissé s'écouler un long intervalle afin de choisir le bien qu'il lui serait avantageux de s'approprier à titre de remploi aux dépens de la communauté. Il y aurait là une fraude que les juges devraient déjouer (1).

382. L'aliénation que le remploi suppose peut-elle avoir eu pour objet un propre mobilier ?

Cette nouvelle question se présente naturellement à l'esprit, dès que l'on observe que les textes de la loi s'occupant du remploi ne parlent que de l'aliénation de biens immobiliers. Toutefois, si l'on remarque que ces textes ont été écrits à propos de la communauté légale sous l'empire de laquelle ce n'est que par exception qu'il y a des propres mobiliers, on est amené à conclure qu'il n'y a pas de motif pouvant empêcher, en principe, le prix d'aliénation d'un propre mobilier de faire l'objet d'un remploi (2).

Ainsi, si l'un des conjoints a en propre une certaine quantité de rentes sur l'État, nous ne voyons aucune difficulté à dire que ces rentes étant aliénées, la somme qui en provient peut faire l'objet d'un remploi.

Mais l'*emploi* pourrait-il aussi s'appliquer à une somme d'argent stipulée propre à l'un des époux ? Il s'agit, par exemple, d'une donation de somme d'argent faite à l'un des conjoints par un tiers, avec cette déclaration que cette somme donnée restera propre au donataire. Dans ce cas, peut-il y avoir acquisition en emploi de cette somme, le bien acquis devant rester propre au conjoint ? Il va de soi que si cet emploi a été indiqué dans l'acte de donation, l'acquisition

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 61, p. 302 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 676, 677. — V. également, sur les dangers des remplois anticipés, la note sous Req., 16 juill. 1890, D., 91. 1. 335.

(2) *Contra* Douai, 2 avril 1846, S., 47. 2. 413. — Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 389 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 363.

qui aura lieu en conformité de cette clause constituera un propre.

L'article **1402** *in fine* ne peut nous laisser aucun doute à cet égard. Mais la question est discutée quand la convention qui a stipulé propre la somme d'argent est muette sur l'emploi. Nous répondrons que, dans cette hypothèse, il ne peut pas y avoir acquisition en emploi, c'est-à-dire dont le résultat serait de rendre propre le bien acquis. Dans l'espèce que nous prévoyons, en effet, la somme d'argent propre à l'un des époux ne peut l'être que dans un sens imparfait, en ce sens que le conjoint, à la dissolution de la communauté, aura droit à la reprise d'une somme égale. La communauté devient donc propriétaire des deniers comme quasi-usufruitière. Substituer à ce propre imparfait, à cette créance de reprise, un bien qui serait propre au conjoint dans le sens strict du mot, ce serait en réalité modifier le régime matrimonial tel qu'il a été accepté lors du mariage (1). Tout au contraire, quand il s'agit d'un propre aliéné, qu'il soit immeuble ou meuble peu importe, l'opération du remploi, loin de déroger au régime matrimonial établi, le restaure tel qu'il existait avant l'aliénation qui en était venue déranger l'économie.

383. Un propre mobilier peut donc être l'occasion d'un remploi. L'immeuble acquis viendra prendre la place du meuble propre aliéné. Mais ce remploi est-il soumis aux articles **1434** et **1435**? L'affirmative découle de la solution que nous venons de donner. L'acquisition d'un immeuble en remploi de propres mobiliers ne peut donner à cet immeu-

(1) Rennes, 12 déc. 1846, D., 47. 2. 199. — Douai, 2 avril 1846, S., 47. 2. 413. D., 47. 2. 198. Mais la jurisprudence admet généralement une doctrine contraire. — Req., 26 mai 1835, S., 35. 1. 833. — Toulouse, 27 mai 1834, S., 35. 2. 175. — Paris, 9 juill. 1841, S., 41. 2. 534. — Bourges, 27 août 1853, S., 60. 1. 241, D., 55. 3. 319. — Civ. cass., 16 nov. 1859, S., 60. 1. 241, D., 59. 1. 490. — Douai, 15 juin 1861, S., 62. 2. 65, D., 62. 2. 160. — Cass., belg., 29 janv. 1874, *Pasicr.*, 74. 1. 71. — Dans le sens de la jurisprudence on peut consulter notamment Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 679 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 88, p. 309, 310 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 476 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 201. — Cpr. *infra*, III, n. 1590 *in fine*. — *Contra* Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 389 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 363.

ble la qualité de propre qu'au moyen des déclarations exigées par ces textes (1).

384. Remarquons enfin, — ce qui ne soulève aucune difficulté, — que le droit aliéné peut être une pleine propriété, une nue propriété ou un usufruit, sauf les questions de récompense pouvant naître entre l'époux et la communauté.

385. 2° Le remploi suppose l'acquisition d'un bien nouveau qui va remplacer l'ancien dans le patrimoine de l'époux.

Cette seconde condition du remploi soulève une série de questions dont voici les principales :

a. Le bien acquis doit-il, à peine de nullité du remploi, être un immeuble?

b. Faut-il qu'il soit acquis d'un tiers, où le remploi peut-il se faire en biens du mari ou en biens de la communauté, du moins au profit de la femme?

c. Le remploi est-il valable comme cause de propre, quoique le bien acquis soit d'une valeur notablement supérieure à celle du propre aliéné?

d. Faut-il que le remploi soit constaté par écrit? Exigerons-nous un acte authentique? Qui supportera les frais du remploi?

Reprenons ces divers points.

386. *a.* D'abord, le remploi doit-il, nécessairement, être fait en immeubles? Les préférences traditionnelles des praticiens et par suite du législateur sont en faveur du remploi en immeubles.

Nous ne croyons pas toutefois qu'il faille poser en principe, comme on a tenté de le faire, que les biens aliénés, tout au moins s'ils sont immeubles, doivent être remplacés par des biens de même nature (2). Cette règle n'est écrite nulle part. Elle est contraire à l'esprit du régime de communauté. De quel droit refuserions-nous donc de classer parmi les propres une créance hypothécaire, une rente sur un particulier achetées en remploi d'un immeuble avec les formalités voulues par les articles 1434 et 1435?

(1) J. Toulouse, 4 juin 1903, *Droit*, 11 oct. 1903, *G. Pal.*, 1903. 2. table V° *Communauté*, n° 3 (remploi de deniers propres).

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 681.

Remarquons, en tout cas, qu'il ne saurait exister de doute pour les remplois faits en actions immobilisées de la Banque de France (1) et en rentes sur l'État (2). Nous lisons en effet, pour les rentes sur l'État, dans l'article 29 de la loi de finances du 16 septembre 1871 : « *Les sommes dont le placement ou le remploi en immeubles est prescrit ou autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat ou par une disposition à titre gratuit entre vifs, ou testamentaire, peuvent, à moins de clause contraire, être employées en rentes françaises de toute nature. Dans ce cas, et sur la réquisition des parties, l'immatricule de ces rentes au grand livre de la dette publique en indique l'affectation spéciale* ». On en peut rapprocher l'article 46 de la loi du 2 juillet 1862 et l'article 3 des lois du 11 juin 1878, du 27 avril 1883, du 17 janvier 1894 et du 9 juin 1902. Mais ces textes ont été édictées en vue surtout du régime dotal et du remploi obligatoire en général. Nous les considérons comme inutiles pour permettre le remploi ordinaire sous le régime de la communauté.

On concède d'ailleurs volontiers que le remploi d'immeubles en valeurs mobilières est rendu possible, avec le consentement de l'époux à qui appartenait l'immeuble qu'il s'agit de remplacer (3).

Cette concession nous suffit, puisque le remploi facultatif suppose essentiellement l'acceptation de cet époux (4).

387. *b.* Faut-il que le bien dont l'acquisition a lieu en remploi soit acquis d'un tiers ? Il est habituel qu'il en soit ainsi,

(1) Décret du 16 janv. 1808. art. 7. — Caen, 8 mai 1838, S., 48. 2. 657 en note (arrêt rendu en matière de régime dotal). — Guillouard, *op. cit.*, II, n. 478.

(2) V. Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 681; note 1; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 479; Huc, *op. cit.*, IX, n. 201. — Cpr. Caen, 13 nov. 1847, S., 48. 2. 657 (arrêt rendu en matière de régime dotal et moins sévère sur ce point que l'arrêt de la même cour en date du 8 mai 1838 cité en note). — Cpr. *infra*, III, n. 1758.

(3) Req., 1er avril 1868, S., 68. 1. 253. (En l'espèce, l'immeuble propre de la femme avait été aliéné moyennant une rente viagère). — Guillouard, *op. cit.*, II, n. 480; Huc, *op. cit.*, IX, n. 201.

(4) Req., 21 juin 1842, S., 42. 1. 763. On a dit à tort, à propos de cet arrêt, que la nullité d'un remploi même opéré pour le compte de la femme sans son consentement ne peut être invoqué que par elle ou ses représentants. En effet, le remploi non accepté avant la dissolution de la communauté n'est pas nul, mais est resté à l'état de projet inachevé ne pouvant plus être repris et complété. V. aussi Civ. cass., 28 juillet 1869, S., 69. 1. 401, D., 69. 1. 455.

et cette hypothèse normale est la seule prévue par les articles 1434 et 1435.

Est-ce à dire que les biens du mari ou de la communauté ne peuvent pas être abandonnés en remploi? Sans doute, on ne concevrait pas que le mari se fît à lui-même une attribution, à titre de remploi, d'un bien de la communauté. Cela serait la violation flagrante de l'article 1434 qui, nous le verrons, veut que le mari se réserve le bien propre dans l'acte même d'acquisition, c'est-à-dire dès son entrée dans la communauté (1). On ne comprendrait guère mieux que la femme cédât à son mari un de ses biens propres en remploi. L'article 1595, 1° et 3°, s'y oppose (2).

Mais, ces hypothèses mises de côté, le mari ne peut-il pas abandonner à la femme un de ses propres en remploi d'un bien propre de l'épouse ? Assurément oui. L'article 1595-2° le permet expressément (3). Et puisque le mari peut céder en remploi à la femme un bien à lui personnel, il peut lui céder aussi un bien de la communauté, celle-ci étant la principale débitrice du remploi (art. 1436 et 1470) (4).

On a jugé, à plus forte raison, que le remploi pouvait être fait par l'acquisition de droits indivis entre le tiers cédant et un autre tiers ou l'autre conjoint (5).

(1) V. *infra*, I, n. 397.

(2) La femme ne peut vendre des biens à son mari ou les lui donner en paiement qu'après une séparation de biens judiciaire (art. 1595-1°), ou sous un régime autre que celui de la communauté (art. 1595-3°). — V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, n. 205 s. et 219 s.

(3) A quelles conditions le mari peut-il consentir valablement une dation en paiement au profit de sa femme dans les termes de l'art. 1595-2° ? La jurisprudence de la cour de cassation paraît bien fixée en ce sens, qu'une telle dation en paiement, faite avant la séparation de biens, suppose une créance actuelle et exigible, c'est-à-dire, s'il s'agit d'un remploi, qu'il doit être obligatoire d'après le contrat de mariage. (Civ. cass., 16 avril 1889, D., 89. 1. 375, S. 90.1.22). La résistance des cours d'appel, parmi lesquelles on peut citer la cour de Nancy, cesse progressivement. V. Nancy, 6 mai 1899. *Gaz. Pal.* 99.2.88. Aussi, voyons-nous la cour suprême déclarer le notaire responsable de la nullité d'une dation en paiement ou d'une vente consentie par le mari à la femme. Il est vrai qu'une partie du prix de vente était restée aux mains du notaire pour acquitter des dettes du mari. Civ. cass. 9 nov. 1904. *Gaz. Pal.* 1904, II, 524.

(4) Bugnet sur Pothier, *Traité de la communauté*, n. 199, note 2; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 683 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 477 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 201.

(5) Douai, 31 mars 1852, S , 53. 2. 47. D. 53.2.187

388. *c.* Le remploi sera-t-il valable si le bien acquis est d'une valeur notablement supérieure à celle du propre aliéné? Il ne se produit aucune hésitation, si l'immeuble acquis en remploi est d'une valeur moindre. Ce remploi partiel ne saurait rencontrer aucune objection. La communauté reste débitrice, à titre de récompense, du surplus du prix qu'elle a reçu et qui n'a point été remployé.

D'autre part, on admet sans conteste que l'immeuble acquis en remploi sera propre, — et propre pour le tout, — quoique son prix d'achat excède légèrement le prix du bien propre à remplacer. Le conjoint acquéreur devra récompense à la communauté de cet excédent.

Mais la situation devient délicate si l'immeuble nouveau est d'un prix notablement supérieur à la somme à remployer.

Pour préciser le débat, mettons de suite hors de cause deux hypothèses ne présentant aucun doute.

D'abord, si l'époux a stipulé que l'excédent servira de remploi aux biens propres qu'il pourrait aliéner ultérieurement, la difficulté sera écartée (1).

En second lieu, s'il a été convenu, dans l'acte même d'acquisition, que l'immeuble nouveau ne serait propre que jusqu'à concurrence de la valeur du propre aliéné et appartiendrait pour le surplus à titre d'acquêt à la communauté, il ne saurait non plus y avoir de doute (2).

389. Mais, le plus souvent, les époux n'auront même pas soupçonné la difficulté. Nous voyons alors surgir un problème pareil à celui que nous avons dû résoudre sur l'article 1407 quand le remploi se fait directement par voie d'échange (3).

Une opinion jadis soutenue par Pothier, admet que le bien acquis est propre seulement jusqu'à concurrence du prix remployé. Favorisée peut-être indirectement par le texte des articles 1434 et 1435, elle compte de nombreux adhérents (4).

(1) Req., 23 nov. 1826, S. chr. — V. *supra* I, n. 373, *in fine*.
(2) Paris, 9 août 1870, S.. 70. 2. 289, D., 72. 2. 113.
(3) V. *supra*, I, n. 373.
(4) V. Pothier. *Communauté*, n. 198 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 681 ;

Cependant, est-il bien logique d'admettre, sur les articles **1434** et **1435**, une indivision entre l'époux et la communauté sans qu'elle ait été voulue, à moins de l'admettre aussi dans les cas régis par l'article **1407**? Aussi voyons-nous reparaître les doctrines qui considèrent, l'une que l'immeuble nouveau sera propre pour le tout selon la volonté de l'acquéreur sauf récompense (1), l'autre que cette volonté sera inefficace (2). Il y aurait là, dit M. Guillouard, une tentative *illégale* pour constituer un propre avec des deniers de communauté. Le savant auteur concède toutefois qu'il faut voir quel est le *caractère prédominant* de l'acte, ce qui, si l'on se réfère au n. **466** de son *Traité du Contrat de mariage*, laisserait le caractère de propre au nouvel immeuble, s'il ne dépassait pas sérieusement le double de la valeur du propre qu'il s'agit de remplacer ; sinon il serait acquêt pour la totalité.

Ainsi atténuée, cette opinion nous semble la meilleure, sauf à respecter les deux stipulations ci-dessus prévues (3), à savoir la stipulation de remploi anticipé et celle d'indivision entre l'époux et la communauté.

En somme, dans notre hypothèse, nous nous montrons un peu plus sévères que sur l'article **1407**, à cause de la différence dans le langage du législateur et des difficultés spéciales qui peuvent résulter du manque de souplesse du remploi par voie d'échange.

390. *d.* Enfin, le remploi est-il soumis à la nécessité de la rédaction d'un écrit authentique ? Le législateur ne s'est pas directement expliqué sur ce point. Il l'a donc laissé sous l'empire du droit commun en matière de preuve des acquisitions de biens tels que celui qui sert de remploi.

Il faudra tenir compte aussi, dans cet ordre d'idées, des règles que nous verrons plus loin, sur la preuve qu'un bien constitue un propre et non un acquêt (4).

Aubry et Rau, *op. cit*, V, § 507, texte et note 86, p. 309 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 381 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 598 ; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n. 961.

(1) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.* VI, n. 79 *bis*, XIX.

(2) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 512. — Cpr. Huc, *op. cit.*, IX, n. 201 et Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n. 961.

(3) V. *supra*, I, n. 388.

(4) V. *infra*, I, n. 483 s.

Constatons seulement ici : 1° que les articles 1434 et 1435, en exigeant des déclarations lors de l'acquisition, rendent bien difficile l'usage, en cette matière, de la preuve testimoniale ; 2° que si aucun texte ne soumet le remploi à la rédaction d'un acte authentique, un acte sous seing privé ne sera opposable aux tiers, en cas de conflit, que du jour où il aura acquis date certaine ; 3° enfin que, en fait, le plus souvent l'acte aura dû être transcrit en vertu de la loi du 23 mars 1855.

391. Quant aux frais du remploi, il est évident que, à moins d'une stipulation les mettant à la charge du vendeur, ils incombent tous à l'époux dans l'intérêt duquel il est fait, et qui n'a consenti à la substitution d'un propre à un autre que parce qu'il a cru y trouver son profit. Il est d'ailleurs l'acquéreur, et l'article 1593 déclare que « les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur (1). »

Les frais doivent donc être prélevés sur la somme à remployer ; sinon, il en est dû récompense à la communauté.

392. 3° Le remploi suppose certaines déclarations, certaines manifestations de volonté quelque peu différentes, au moins dans leur forme, selon qu'il s'agit d'un bien du mari ou d'un bien de la femme.

393. Le remploi par voie de *vente* et d'*achat* se fait en deux actes dont la dépendance doit être mise en relief par des déclarations. Ce remploi résulte de manifestations expresses de volonté. Il n'a pas lieu de plein droit comme au cas d'échange, mais aucune formule n'est imposée.

394. Il importe de bien remarquer qu'il ne suffit pas, pour qu'il y ait remploi, qu'il y ait acquisition d'un bien avec le prix d'un propre aliéné. Cette acquisition constitue, en principe, un acquêt de communauté. Il est de règle, en effet, que les biens acquis pendant la communauté sont des conquêts, quelle que soit l'origine des deniers à l'aide desquels ils ont été payés.

(1) Troplong, *op. cit.*, I, n. 1152 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n 635 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 87, p. 309 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 490 *bis* ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 201 *in fine*.

La jurisprudence a poussé très loin la conséquence de cette idée fondamentale. Il est arrivé qu'un propre ayant été aliéné, le prix n'étant pas encore payé, ou qu'une créance ayant été réservée propre, le débiteur a cédé en paiement un bien déterminé. Il y a donc eu dation en paiement pour une créance demeurée propre à l'un des conjoints. Or, les tribunaux ont admis que, même dans ce cas, le bien ainsi cédé en paiement ne constituait pas un propre (1).

395. Mais pourquoi discuter à cet égard avec tant de soin? C'est parce que la situation des parties est loin d'être la même selon que le bien acquis, même avec les deniers provenant d'un propre, sera considéré comme acquis en remploi ou comme un conquêt.

Pour le montrer, raisonnons sur l'hypothèse où l'immeuble aliéné appartient à la femme. Y a-t-il ou non remploi? L'intérêt de cette question apparaît à plusieurs points de vue.

S'il n'y a pas eu de remploi, la femme n'est que créancière, garantie par son hypothèque légale (2). Au contraire, si le bien acquis est devenu le propre de la femme, elle a l'avantage d'avoir un droit de propriété à l'abri des actes du mari et de l'insolvabilité de ce dernier, insolvabilité qui l'empêcherait peut-être d'exercer utilement sa reprise. D'autre part, les chances de l'acquisition sont pour elle. Le bien acquis en remploi peut diminuer de valeur, c'est la femme qui en subira les conséquences ; il peut acquérir de la plus value, elle en profitera. Ce dernier point demeure exact pour le mari comme pour l'épouse.

396. Sous le bénéfice de ces observations importantes,

(1) Paris, 21 fév. 1868 ; S., 68. 2. 176 ; Civ. cass., 26 juillet 1869. S., 69. 1. 401. D., 69.1.455 ; (cassant l'arrêt précédent) et, sur renvoi Rouen, 23 fév. 1870, S., 71. 2. 91. D. 71. 2. 235.

(2) Comme créancière, la femme est exposée : 1° à voir employer le prix des immeubles propres du mari et des conquêts à payer des créanciers ayant acquis hypothèque avant l'aliénation de son bien propre (art. 2135); 2° dans une certaine théorie, à ne pouvoir exercer sur les conquêts acquis par le mari, son hypothèque légale, que si elle renonce à la communauté ou si, acceptante, elle trouve encore ces conquêts dans la masse commune, lors de la dissolution de cette communauté. V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité des hypothèques*, II, n. 1005 s.

envisageons successivement le remploi d'un bien propre du mari et le remploi d'un bien propre de la femme.

397. a. *Remploi d'un bien propre du mari.* — L'article **1434** est ainsi conçu : « *Le remploi est censé fait à* « *l'égard du mari, toutes les fois que, lors d'une acquisition,* « *il a déclaré qu'elle était faite de deniers provenus de l'alié-* « *nation de l'immeuble qui lui était personnel, et pour lui* « *tenir lieu de remploi.* »

Ce texte soumet donc le remploi d'un bien propre du mari à cette double condition, à savoir que, *lors de l'acquisition,* il déclare : 1° qu'elle est faite *des deniers provenus de l'aliénation* de l'immeuble qui lui était personnel ; 2° qu'elle intervient pour lui tenir lieu du remploi.

Quoi qu'en aient dit certains auteurs (1) qui n'exigeraient qu'une seule des deux déclarations, elles sont toutes les deux nécessaires (2). Seulement elles peuvent résulter d'un mode quelconque d'expression spécifiant la volonté de faire un remploi et d'indication de l'origine des deniers (3).

Il faut, de plus, que ces deux déclarations soient concomitantes à l'acquisition et résultent de l'acte même qui la constate (4). Sinon, l'immeuble entre en communauté. Le mari ne pourrait pas se l'approprier par des déclarations postérieures, puisqu'il ne peut pas prendre un conquêt en remploi de ses propres, même avec le consentement formel de l'épouse (art. 1595) (5).

398. Mais le mari n'est pas obligé de figurer à l'acte d'acquisition pour y passer personnellement ces déclarations.

(1) Duranton, *op. cit.*, XV, n. 428; Odier, *op. cit.*, I, n. 325.

(2) Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1434, n. 2 ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 1119 s.; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n. 36; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 657 s. ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 68, p. 303; Arntz, *op. cit.*, III, n. 587 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 491; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 367; Huc, *op. cit.*, IX, n. 202. — Req., 23 mai 1838, S., 38. 1. 525. — Civ. cass., 20 août 1872, S., 73. 1. 5, D., 72. 1. 406.

(3) Troplong, *op. cit.*, II, n. 1123; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 661; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 69, p. 303 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 588; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 484; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 644, note 7, p. 112; Huc, *op. cit.*, IX, n. 202. — Req., 23 mai 1838, S., 38. 1. 525.

(4) Bourges, 26 avril 1837, S., 37. 2. 359.

(5) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 492. — Bourges, 26 avril 1837, S., 37. 2. 359.

Il peut les faire par mandataire, ou même par un gérant d'affaires. Du moins, un gérant d'affaires passe valablement les déclarations si, en cas de ratification du mari, l'acquisition est réalisée. Ce qui serait inadmisssible, c'est que le mari, tout en ratifiant l'acquisition faite en son nom, prétendit avoir la possibilité, par sa seule volonté et sans un nouveau consentement du vendeur, d'effacer la déclaration de remploi et d'attribuer l'immeuble à la communauté. Une telle prétention ne se concevrait que si ce droit d'option avait été formellement réservé au mari dans le contrat passé entre son gérant d'affaires et le vendeur. Dans ce dernier cas, le mari ne pourrait conserver l'immeuble pour lui-même à titre de remploi qu'autant qu'il manifesterait nettement sa volonté en ce sens dans l'acte même de ratification.

399. Il est donc nécessaire que le mari indique le but de son acquisition, qu'il manifeste la volonté d'acquérir un bien pour lui-même en remploi d'un de ses propres. Mais, avons-nous remarqué, cette déclaration ne suffit pas à elle seule. Il faut en outre, d'après le texte et les auteurs, une indication de l'origine des deniers.

Est-ce à dire qu'il soit nécessaire que le paiement soit fait avec les deniers mêmes qui ont été versés par l'acquéreur de l'ancien bien ? Non certes (1). Un tel résultat n'a pas pu être obtenu même en matière de subrogation, et pourtant l'article **1250-2°** est plus sévère que ne le sont les articles **1434** et **1435**. Puis, les nécessités pratiques sont graves quand il s'agit du paiement du prix d'un immeuble. Non seulement on ne peut pas condamner les époux à laisser improductif le prix d'un bien propre jusqu'à ce qu'un propre nouveau soit acquis, — c'est la communauté usufruitière des propres qui en souffrirait la première, — mais encore les formalités de la purge et de l'ordre hypothécaire peuvent être fort longues. Bien mieux, n'avons-nous pas dû admettre la possibilité d'un remploi anticipé? Allons-nous donc avoir cette exigence absurde, que le vendeur du bien acquis en remploi

(1) Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, I, p. 518 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 66, p. 302, 303 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 362 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 481.

ne pourra être régulièrement payé à peine de nullité de ce remploi, qu'après le versement du prix du bien propre qu'il s'agit de remplacer ? Evidemment non. De tout cela, il faut conclure que les conditions voulues par la loi seront suffisamment remplies, si, en outre de la déclaration que le bien est acquis en remploi de tel bien déterminé, le propre à remplacer est *aliéné* et le *prix encaissé* avant la dissolution de la communauté.

En résumé, il nous paraît que l'article 1434 exige seulement cette double déclaration : 1° que le mari achète *pour lui-même* et entend avoir le bien en propre *à titre de remploi* ; 2° que le remploi qu'il fait est celui du prix provenu ou de la valeur à provenir *de tel bien déterminé*.

400. Ceci peut faire naître une difficulté grave. Lorsque le remploi est fait par anticipation, l'immeuble aliéné doit-il être nettement spécifié ? Suffit-il de dire que l'achat est fait en remploi *du premier bien qui sera aliéné par l'époux*, ou même simplement *des biens propres qu'il pourra vendre par la suite* ? La solution la plus indulgente semble résulter d'un arrêt de la cour de cassation du 23 novembre 1826 (1).

401. En tout cas, la déclaration de l'origine des deniers ne serait pas suffisante à elle seule pour que le remploi se produisît (2). La jurisprudence a fait de cette règle quelques applications intéressantes.

Ainsi, en l'absence de déclaration de remploi, les tribunaux, — nous avons eu déjà l'occasion de le signaler (3), — refusent de considérer comme propre l'immeuble abandonné par un tiers à titre de dation en paiement d'une créance propre à l'un des époux (4).

De même encore, il a été jugé, — le bien acheté étant une part indivise d'un immeuble dont le mari est déjà copropriétaire, — que ce fait n'équivaut pas à une déclaration

(1) Req., 23 nov. 1826, S. chr. Il n'y aurait plus de difficulté si le contrat de mariage s'était expliqué sur ce point. Mais il s'agirait alors d'un cas de remploi conventionnel. V. *infra*, I, note 424 s.

(2) Civ. cass., 26 août 1872, S., 73. 1. 5, D., 72. 1. 406.

(3) V. *supra*, I, n. 394, rapp., n. 314, 365, 366, 373.

(4) Civ. cass., 26 juill. 1869, S., 69. 1. 401, D., 69. 1. 455.

de remploi. Le bien ainsi acquis sera propre en vertu de l'article 1408-1° (1), mais non de l'article 1434, ce qui entraînera de légères différences dans la rédaction de la liquidation. Lors de cette liquidation, le mari devra, d'une part, récompense du prix d'acquisition, et exercera, d'autre part, la reprise du prix de son bien propre aliéné (2).

Les deux opérations devront figurer : l'une au *doit*, l'autre à l'*avoir* du compte du mari ; tandis qu'avec le remploi la différence seule serait inscrite à l'une des deux parties de ce compte.

Certes! il faut avouer que la question qui, déjà telle qu'on la pose, aurait peu d'importance, puisqu'elle se réduit à la constatation d'une nuance dans les formules de la liquidation sans différences pratiques sérieuses quant au résultat, disparaît si, conformément à la jurisprudence la plus récente, on fait la balance du compte du mari (3).

402. b. *Remploi d'un propre de la femme.* — Pour le remploi d'un bien propre de la femme, il faut, ce nous semble, distinguer deux hypothèses : ou bien l'acquisition est faite par la femme elle-même; ou bien elle est faite par le mari dans l'intérêt de l'épouse.

403. Dans le premier cas, les conditions du remploi sont les mêmes pour la femme que pour le mari. Les déclarations requises par l'article 1434 sont nécessaires (4) et suffisantes. N'oublions pas, toutefois, que l'acquisition serait atteinte d'une nullité relative, si la femme n'était pas régulièrement autorisée de son mari ou par la justice (art. 225).

404. Mais la seule présence de la femme à l'acte d'acquisition vaut-elle acceptation du remploi? Oui, a-t-on prétendu. Comment expliquer sans cela la présence de l'épouse (5) ?

(1) V. *infra*, I, n. 432 s.

(2) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 493. — Bourges, 26 avril 1837, S., 37. 2. 359. — Civ. rej. 3 août 1852, S., 52. 1. 853, D., 52. 1.257.

(3) V. *infra*, II, n. 1083 s.

(4) Req., 25 janv. 1904. S., 1904. 1. 305 (note Lyon-Caen). Le doute, en l'espèce, venait de ce que les époux avaient stipulé la séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts. V. *infra*, III, n. 1939.

(5) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 361; Odier, *op. cit.*, I, n. 323; Cubain, *Droits des femmes*, n. 233; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 72, p. 305.

Cependant la cour de cassation (1) et de nombreuses autorités sont d'un avis opposé (2). Le législateur a voulu éviter toute équivoque, toute surprise, et il ne faut pas confondre avec une acquisition émanée de la femme une acquisition faite par son mari, alors qu'elle y est simplement présente sans y « *parler.* »

405. Nous arrivons ainsi à la deuxième hypothèse qui va nous retenir plus longtemps. En supposant l'acquisition faite par le mari dans l'intérêt de la femme, la double déclaration requise par l'article 1434 est encore nécessaire. Mais l'article 1435 y ajoute cette troisième condition, à savoir que la femme doit accepter le remploi. Cette acceptation peut du reste intervenir à toute époque durant la communauté.

Loin d'être une aggravation des conditions requises pour le remploi, la nécessité de l'acceptation est au contraire une faveur pour l'épouse.

D'abord, il serait excessif que la loi donnât au mari le droit d'imposer à la femme un remploi. Afin d'empêcher des abus, le législateur ne présume pas le remploi accepté par cela seul que l'épouse n'élève aucune protestation.

Ensuite, nous savons que le mari, lorsque le remploi le concerne, doit manifester la volonté de prendre le bien pour lui-même à titre de remploi, dès le moment de l'acquisition. Une fois celle-ci réalisée, il est trop tard. Au contraire, la femme peut différer son consentement. Il suffit que son mari ait fait l'acquisition avec cette double déclaration, que le remploi est pour la femme et que les deniers proviennent de l'aliénation de tel immeuble, sauf à l'acceptation de l'épouse à intervenir après coup.

406. Remarquons bien que nous supposons ici l'acquisition faite par le mari sans mandat de la femme ; car, s'il

(1) Civ. cass., 26 juillet 1869, S., 69. 1. 401, D.,69. 1. 455. — Rouen (sur renvoi), 23 fév. 1870, S., 71. 2. 91. D., 71. 2. 235.

(2) Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1435; Bugnet sur Pothier, *Traité de la communauté*, n. 200, note 3; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n. 43; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 669; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 374; Arntz, *op. cit.*, III, n. 592; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 644, note 9, p. 113; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 496; Huc, *op. cit.*, IX, n. 205.

avait acquis en vertu d'une procuration de celle-ci, le remploi serait parfait et accepté par elle (1).

407. Nous examinerons bientôt la question de savoir si le mari doit être considéré comme un gérant d'affaires de la femme, ou s'il n'agit pas plutôt en qualité de chef de la communauté faisant à l'épouse une sorte d'offre dont la nature juridique n'est pas aisée à déterminer (2). Dès maintenant nous pouvons faire une distinction susceptible de jeter sur le problème une certaine lumière.

Le mari peut, en effet, traiter avec le tiers vendeur de deux manières différentes. Il peut d'abord acquérir conditionnellement au nom et pour le compte de la femme, pour le cas où il plairait à celle-ci d'accepter l'acquisition faite pour son compte exclusivement. C'est une stipulation pour autrui valable, puisque le mari, chef de la communauté, a intérêt à procurer à la femme un remploi.

D'autre part, le mari peut acheter tant pour le compte de la femme, si elle consent à prendre le bien en remploi, que pour le compte de la communauté au cas de refus de l'épouse. Cette dernière combinaison est presque seule en usage ; c'est la seule sur laquelle les jurisconsultes raisonnent. On comprend d'ailleurs que, en fait, elle soit préférée par le vendeur qui, d'ordinaire, entend consentir une aliénation pure et simple et ne pas s'exposer à être contraint de reprendre son immeuble, faute d'acceptation de la part de la femme.

408. De la bienveillance du législateur, donnant à la femme le temps de réfléchir avant d'accepter le remploi, des auteurs ont conclu que les déclarations que le mari doit passer dans l'acte d'acquisition peuvent intervenir dans un acte postérieur (3). Ceci n'est pas exact. Il n'est pas douteux sans doute qu'un remploi puisse être ainsi fourni à la femme, mais il ne l'est plus alors dans les termes de l'arti-

(1) Nous supposons un mandat ordinaire donné pendant le mariage. Pour le cas où le mandat serait écrit dans le contrat de mariage : V. *infra*, I, n. 424.

(2) V. *infra*, I, n. 417 s., spécialement n. 421.

(3) Marcadé, *op. cit.*, sur les art. 1434 et 1435, n. 3; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 663, 664 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 589.

cle 1435. Le bien acquis par le mari sans les déclarations supposées par les articles 1434 et 1435 est devenu un conquêt de communauté. Puis le mari cède ce conquêt à la femme à titre de remploi, conformément à l'article 1595-2°. C'est une dation en paiement entre époux, dont les effets diffèrent du remploi que nous étudions (1).

En effet, quand il y a eu *dès le début* acquisition d'un immeuble au profit de l'épouse, celle-ci prend pour elle-même le marché passé par le mari, aux conditions auxquelles il est intervenu *ab initio*. Au contraire, dans le cas où il y a remploi conformément à l'article 1595-2°, celui-ci ne se produit qu'en vertu d'une acquisition qui se fait à ce moment-là. Cette acquisition constitue un marché tout nouveau dont les conditions sont à débattre entre le mari et la femme. Nous ajouterons que lorsque la déclaration de remploi a été faite à l'origine et que la femme ne l'accepte que plus tard, on peut soutenir que le droit de propriété de l'épouse remonte au jour de l'acquisition (2), tandis que certainement, dans le cas de l'article 1595-2°, ce droit ne date que du jour de l'acceptation.

En somme, on ne peut pas déclarer après coup que telle acquisition a été faite pour la femme, car, autrement, on permettrait au mari de l'avantager.

409. Quoi qu'il en soit, l'acceptation que la femme fait du remploi par un acte postérieur à celui de l'acquisition n'est soumise à aucune condition de forme. Toutefois, un acte écrit est nécessaire et, s'il est sous seing privé, il ne peut être opposé aux tiers que du jour où il acquiert date certaine (art. 1328).

Nous verrons, d'autre part, en étudiant les effets du remploi, que, d'après l'opinion générale, l'acte d'acceptation de la femme n'est pas soumis à la transcription, si d'ailleurs

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*; V, § 507, texte et note 71, p. 304, 305 ; Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n. 93 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 487 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, § 644, note 8, p. 112 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 520, et *Rép. gén.*, Fuzier-Herman v° *Communauté*, n. 520 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 202. — Bourges, 26 avril 1837, S., 37. 2. 359. — V. *suprà*, I, n. 387.

(2) V. *infra*, I, n. 418 s.

l'acte d'acquisition a été lui-même transcrit (1). Nous estimons cependant qu'il serait sage de le soumettre à cette formalité.

410. Notons aussi que le mari, en déclarant faire l'acquisition pour la femme, l'a, par cela même, autorisée à accepter cette acquisition.

411. La femme, d'après l'article 1435, semble bien avoir jusqu'à la dissolution de la communauté inclusivement pour accepter le remploi.

On s'est posé dans cet ordre d'idées deux questions que voici :

1° Le mari est-il obligé d'attendre qu'il plaise à la femme de donner son acceptation ? Ne peut-il pas la mettre en demeure d'avoir à opter et lui faire impartir, à cette fin, un délai par le tribunal ? Malgré l'avis favorable de quelques auteurs (2), nous croyons, avec la majorité des interprètes, l'opinion contraire plus conforme au texte (3). Si le mari ne voulait pas s'exposer à une aussi longue incertitude, il avait un moyen bien simple : c'était de demander à la femme de concourir à l'acte d'acquisition, ou de faire l'acquisition pour la communauté.

2° La femme pourrait-elle encore accepter après la dissolution de la communauté? Répondons, non ; il est trop tard. La communauté doit être liquidée dans l'état irrévocablement fixé par sa dissolution. D'ailleurs cette question était déjà débattue dans notre ancien droit (4), et il semble bien, — des amendements proposés lors de la discussion du code civil n'ayant pas été acceptés, — que l'article 1435 ait tranché la question dans le sens que nous indiquons (5).

(1) V. *infra*, I, n. 422.

(2) De Folleville, *op. cit.*, I, n. 223 *bis* ; Vigié, *op. cit.*, III, n. 135.

(3) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 79 *bis*, XVII ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 375 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 498.

(4) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 200.

(5) Req., 2 mai 1859, S., 59. 1. 233, D., 59. 1. 275 — Besançon, 11 janv. 1844, S., 45. 2. 85, D., 45. 4. 552. — Angers, 18 mars 1868, D.,68. 2. 82. — Benech, *De l'emploi et du remploi*, n. 89, 93 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 76, p. 306 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 79 *bis*, XVII; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 375 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 590 ; Guillouard,

Ce texte dont nous venons de présenter ci-dessus l'explication est ainsi conçu : « *La déclaration du mari que l'acqui-* « *sition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu* « *par la femme et pour lui servir de remploi, ne suffit point,* « *si ce remploi n'a été formellement accepté par la femme:* « *si elle ne l'a pas accepté, elle a simplement droit,* lors de « la dissolution de la communauté, *à la récompense du prix* « *de son immeuble vendu.* »

412. B. Connaissant désormais les conditions du remploi facultatif, il nous faut en préciser les effets.

L'acquisition que le mari fait en remploi d'un de ses biens propres est une acquisition soumise au droit commun qui régit le contrat de vente. Elle a tous les effets de ce contrat.

Le seul point sur lequel nous ayons à insister est celui-ci: au lieu d'être un acquêt de communauté, le bien sera propre au mari, à cette double condition que le bien qu'il s'agit de remplacer lui ait été réellement propre, et que le prix ait été déjà encaissé ou qu'il le soit avant la fin de la communauté. Le remploi est donc conditionnel, non seulement quand le propre n'est pas encore aliéné, mais aussi lorsque le prix n'en est pas versé dans la caisse de la communauté. Si le prix du propre aliéné était encore dû à la fin de la communauté, c'est la créance de ce prix qui appartiendrait à l'époux et lui tiendrait lieu de bien propre. Cet époux ne pourrait avoir droit ni au remploi, ni à une récompense : il a dans la créance du prix l'équivalent direct de sa chose.

413. On peut ajouter d'une manière générale que le remploi une fois opéré, le bien est aux risques de son propriétaire, l'immeuble acquis en remploi étant subrogé au propre aliéné (1).

414. Si une partie seulement des deniers provenus de

op. cit., II, n. 488 ; III, 135 ; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n. 955. — V. cep. Rodière et Pont, *op. cit.*,, I, n. 668.

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 675 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 584 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 644, note 10, p. 114. — La subrogation réelle ne va pas jusqu'à transférer, sur l'immeuble acquis en remploi, les privilèges et hypothèques qui frappaient le bien aliéné. Civ. cass., 12 avril 1902, D., 1904. 1. 389.

l'aliénation du bien propre a été employée à l'acquisition du nouvel immeuble, l'époux pour le compte duquel le remploi a été effectué conserve pour le surplus son droit à une récompense contre la communauté. Ainsi, imaginons qu'un propre de la femme ait été vendu 30.000 francs et remployé en un immeuble acheté 20.000 francs, la femme conservera le droit de réclamer à la communauté une somme de 10.000 francs.

Si, en sens inverse, le prix de l'immeuble acquis en remploi dépasse le prix retiré de l'aliénation de l'immeuble remployé, nous nous trouvons alors en présence d'une question précédemment résolue (1), celle de savoir si l'immeuble nouvellement acquis ne sera propre que pour une fraction correspondant au prix du propre remployé, ou s'il sera propre pour le tout sous réserve d'une récompense à raison de l'écart de valeur.

415. Nous pourrions nous en tenir là, si le remploi des propres de la femme s'opérait de la même manière que celui des propres du mari. Il n'y a, en effet, rien à ajouter à ce que nous venons de dire, lorsque la femme a figuré elle-même, comme acquéreur, dans l'acquisition du bien nouveau. La propriété lui en est directement transmise par le tiers vendeur.

Cependant, — ainsi qu'il arrive pour le mari lorsqu'il fait pour lui-même un remploi anticipé, — la femme ne devient personnellement propriétaire que sous condition suspensive, si l'immeuble n'est pas encore aliéné et si le prix n'en est pas déjà encaissé. Alors, le droit de propriété sous condition suspensive de la femme a pour corrélatif un droit sous condition résolutoire au profit de la communauté, laquelle restera propriétaire et aura le bien à titre de conquêt au cas où la condition ne se réaliserait pas avant sa fin.

416. La solution est la même lorsque le remploi est fourni à la femme en biens du mari ou en biens de la communauté, hypothèse prévue par l'article 1595-2°. C'est une dation en paiement de la récompense due à la femme par la commu-

(1) V. *supra*, I, n. 388, 389. — Cpr. n. 373.

nauté, que le mari, chef de cette communauté, fait moyennant la cession d'un conquêt ou de l'un de ses biens propres. La transmission de propriété au profit de l'épouse sera alors pure et simple et immédiate. On ne comprendrait guère dans ce cas un remploi anticipé.

417. Nous arrivons ainsi à l'hypothèse délicate : celle où le mari achète d'un tiers pour le compte de la femme, mais sans le concours ni le mandat de celle-ci, un bien qu'il déclare acquis des deniers provenus de tel bien propre de la femme et pour lui servir de remploi.

Si l'épouse n'acceptait pas ce remploi avant la dissolution de la communauté, nous savons que le bien serait un conquêt et serait réputé l'avoir toujours été (1).

Mais, au contraire, la femme accepte ce remploi en temps utile. Quelle a été la condition juridique de cet immeuble pendant le temps qui s'est écoulé entre l'acquisition par le mari et l'acceptation par la femme ?

On pourrait songer à prétendre que l'immeuble, dans cet intervalle, a été un conquêt. Acquis d'abord à la communauté par une première transmission de propriété, il serait, lors de l'acceptation du remploi par l'épouse, l'objet d'une seconde transmission, le consentement de celle-ci venant se joindre au consentement du mari. Les déclarations passées par le mari dans l'acte d'acquisition seraient considérées comme une offre de rétrocession faite à son conjoint. De là les conséquences suivantes. :

1° Le mari pourrait rétracter cette offre en totalité et déclarer garder le bien pour la communauté, tant que la femme n'aurait pas accepté le remploi.

2° Il pourrait rétracter l'offre partiellement en grevant l'immeuble d'hypothèques conventionnelles, de servitudes, d'usufruit, etc., que l'acceptation de la femme ne pourrait pas faire disparaître ;

3° L'immeuble resterait également grevé, malgré l'acceptation de l'épouse, des hypothèques judiciaires ou légales qui atteignent les conquêts ;

(1) V. *supra* I, n. 411.

4° L'acceptation de la femme, constituant une seconde transmission, devrait être transcrite (loi du 23 mars 1855, art. 1er et 3);

5° Elle donnerait lieu à la perception d'un second droit de mutation, le premier l'ayant été lors de l'acquisition par le mari.

Deux de ces conséquences, — les premières, — n'ont rien de bien effrayant. Il n'en est pas de même des trois dernières. La quatrième et la cinquième augmentent de plus de 7 0/0 les frais d'acquisition, déjà très lourds (1). Mais la troisième est intolérable. Elle frapperait d'un vice irrémédiable un grand nombre de remplois.

Malgré le mari, — et souvent même à l'insu de la femme, — les biens offerts en remploi n'arriveraient aux mains de l'épouse que grevés, du chef du mari, d'hypothèques légales, comme celle d'une tutelle, ou d'hypothèques judiciaires. La femme, il est vrai, aurait peut-être, elle aussi, acquis hypothèque sur ces biens pendant qu'ils dépendaient de la communauté. Mais pour que le remploi obtenu par l'épouse fût suffisamment garanti par cette protection indirecte, il faudrait d'abord, qu'il fût certain que l'hypothèque légale frappe les conquêts dans tous les cas, et, d'autre part, qu'il n'existât jamais d'hypothèque légale ou judiciaire plus ancienne. Encore aurions-nous à redouter les complications pouvant naître des subrogations si fréquentes à l'hypothèque légale de la femme mariée.

418. Toutes ces raisons ont fait chercher une autre interprétation des effets de l'acceptation du remploi par acte séparé. Pothier avait déjà présenté l'acceptation de la femme comme une ratification rétroactive de l'acquisition faite pour elle par son mari (2).

Cette rétroactivité rallie le plus grand nombre des suffrages. Mais, admise pleinement par les uns, elle paraît difficilement justifiable aux autres qui la réduisent à son minimum.

(1) Loi de fin. du 22 avril 1905, art. 2 s., *J. off.*, 23 avril.

(2) Pothier, *Tr. de la communauté*, n° 200. D'Aguesseau, 27e plaidoyer, édit. Pardessus II, p. 461.

419. Ceux qui admettent la rétroactivité complète de l'acceptation de la femme voient dans le mari le *gérant d'affaires* de son conjoint. Labbé a attaché son nom à cette thèse (1). C'est pour la femme que le mari a fait l'acquisition; il doit attendre patiemment qu'il plaise à celle-ci de la ratifier. Si elle la ratifie, c'est comme si son mari avait eu *mandat* d'acheter l'immeuble pour elle. La femme tient directement l'immeuble du tiers vendeur; il n'y a lieu qu'à un seul droit de mutation et à une seule transcription. Donc, dans l'intervalle, le mari n'a pas pu reprendre l'immeuble pour la communauté, ni l'aliéner ou le grever d'hypothèques conventionnelles

420. D'autres interprètes préfèrent admettre que le mari peut rétracter directement ou indirectement la déclaration de remploi. C'est, disent-ils, une *offre* faite à la femme. Ils décident cependant que l'acceptation rétroagira suffisamment pour empêcher les hypothèques légales ou judiciaires d'atteindre l'immeuble du chef du mari et de la communauté. Ils ajoutent même que, à leurs yeux, il n'est dû qu'un droit de mutation, et qu'il suffit d'une seule transcription, c'est-à-dire qu'il ne s'est produit qu'une seule mutation de propriété. La femme sera censée tenir directement l'immeuble du tiers avec lequel le mari a traité (2).

421. Pratiquement, ce système nous semble plus satisfaisant que le précédent. Puisque la femme n'a pas jugé à propos, soit de figurer à l'acte même d'acquisition, soit de s'empresser de donner une acceptation par acte séparé, en quoi peut-elle trouver exorbitant que le mari reprenne l'immeuble pour la communauté et en dispose pour les besoins de son crédit ?

(1) Labbé. *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n. 89 s. — Cpr. Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 79 *bis*, XIII, 79 *bis*, XVI ; de Folleville, *op. cit.*, I, 237 s. ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 371.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 665, 674; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et notes 73, 74, 75, 77, p. 305 s. ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 497, 509 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 203; Arntz, *op. cit.*, III, n. 590 ; Dalloz, *Supp.* v° *Contrat de mariage*, n. 527 ; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit. n. 959 s. ; Mourlon, *Tr. de la transcription*, I, n. 58 s., spécialement, p. 153 s. L'auteur y compare le remploi à l'achat avec déclaration de command.

Mais ce système, plus ou moins expliqué, comme on le fait, par *une offre* que le mari aurait adressée à la femme par la déclaration de remploi, manque de base juridique solide. Le contrat résultant de l'acceptation d'une offre se forme sans rétroactivité au moment de l'acceptation. Donc ceux qui s'en tiennent à l'idée d'une offre du mari acceptée par la femme ne peuvent guère admettre la rétroactivité. Ils se trouvent ramenés à l'idée d'une dation en paiement ordinaire entre la communauté et la femme, par conséquent à la notion d'un double contrat.

La logique semble, au contraire, être en faveur de ceux qui considèrent le mari comme le gérant d'affaires de l'épouse. C'est pour elle qu'il a déclaré acquérir. Toutefois, malgré l'intérêt qu'il avait personnellement et en qualité de chef de la communauté à la réalisation du remploi, comme le mari n'avait pas de pouvoir suffisant pour représenter la femme, la ratification de celle-ci doit tout régulariser, car cette ratification équivaut rétroactivement à un mandat. En un mot, dans l'hypothèse ordinaire d'une vente ferme consentie par le tiers vendeur, qui n'entend pas attendre le bon plaisir de la femme, le mari a acheté pour le compte de celle-ci, sous la condition suspensive de sa ratification. Quant à la communauté, elle se trouve propriétaire sous condition résolutoire pour le cas où cette condition suspensive ne se réaliserait pas.

Nous avouons pourtant un certain doute. Est-ce bien comme gérant d'affaires de la femme que le mari a traité ? Mais il est en même temps le gérant de la communauté. Il est mieux que cela. Il est le mandataire légal de la communauté, son représentant, son chef, avec des pouvoirs qui lui permettent soit d'acquérir l'immeuble pour la communauté, soit de libérer cette communauté en assurant à la femme un remploi. Il a des pouvoirs suffisants pour céder en remploi des biens communs à l'épouse (article 1595-2° et 1421).

Le seul point discutable est celui-ci : comment qualifier l'opération juridique, en tant que le mari a *parlé* au contrat d'acquisition *pour le compte et dans l'intérêt de la femme*, mais aussi dans l'*intérêt* de la communauté et dans son propre *intérêt*, même en cas d'acceptation du remploi par

la femme ? Au lieu d'une gestion d'affaires, rendant impossible toute rétractation du mari et qui l'obligera, s'il plaît à l'épouse, de laisser la condition de l'immeuble en suspens jusqu'à la dissolution de la communauté, pourquoi ne verrions-nous pas là une *stipulation pour autrui*, pouvant être rétractée tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré vouloir en profiter (art. 1121) ? Cette stipulation est assurément valable ; car, personnellement et comme chef de la communauté, le mari a un intérêt suffisant pour donner satisfaction aux exigences de l'article 1121 : peu importe que l'on considère celui d'être libéré par le remploi, ou l'intérêt éventuel de garder l'immeuble à titre de conquêt : « Qu'un débiteur stipule en faveur de son créancier une prestation qui doit opérer sa libération, son intérêt n'est pas douteux, et par conséquent est valable (Instit. Justinien, III, t. XIX, § 20) (1). »

422. En somme, il nous paraît bien démontré aujourd'hui que le remploi, accepté après coup par la femme, ne suppose pas une double transmission de propriété. La femme tient directement l'immeuble du tiers avec qui le mari a traité. Elle n'a point à redouter l'exercice, sur son immeuble, des hypothèques judiciaires ou légales qui l'auraient atteint s'il était considéré comme ayant appartenu à la communauté dans l'intervalle de temps qui s'écoule entre l'acquisition par le mari et l'acceptation par la femme. Le doute n'existe plus pratiquement que sur la possibilité, pour le mari, de rétracter les déclarations de remploi tant que la femme ne les a pas approuvées (2). Doctrinalement, le doute existe aussi sur la meilleure explication scientifique du mécanisme du remploi, et sur la qualification juridique de ses divers éléments.

La jurisprudence ne jette guère de lumière sur ces questions (3).

423. II. *Remploi conventionnel.* — Il est impossible de prévoir toutes les modifications que les parties peuvent apporter au droit commun en matière de remploi.

(1) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, V. n° 33 *bis II in fine*.
(2) V. Fenet, XIII, p. 563.
(3) Civ. rej., 14 janv. 1868, S., 68. 1. 136, D., 68. 1. 101.

La plupart des difficultés seraient évitées, si le rédacteur des conventions matrimoniales et les parties contractantes n'inscrivaient au contrat de mariage que des clauses bien comprises.

Quoi qu'il en soit, l'usage a consacré un certain nombre de clauses dont il est bon de rappeler le sens traditionnel, en même temps que quelques règles d'interprétation.

Ces clauses peuvent faire naître des questions de deux ordres différents. D'une part, *en droit*, il faut examiner si les parties n'ont pas dépassé les limites de la liberté des conventions matrimoniales. Le plus souvent, d'autre part, il s'agira seulement de rechercher, *en fait*, jusqu'à quel point elles ont entendu déroger au droit commun.

424. Plaçons-nous d'abord au point de vue des questions de droit.

1° Il nous semble permis de donner au mari, par contrat de mariage, le mandat de faire le remploi des biens aliénés par la femme, sans que celle-ci ait à accepter ce remploi. Mais une clause aussi exorbitante doit être formelle et interprétée restrictivement.

Les tiers n'ont pas à se plaindre surtout si, dans l'acte d'acquisition, le mari a rappelé son mandat.

Quant à la femme, sans doute il est grave pour elle de renoncer à tout conteste sur les remplois qui l'intéressent ; mais cette renonciation n'a rien de contraire à l'ordre public. On peut seulement douter qu'un tel mandat puisse être irrévocable (1).

2° Il est loisible de stipuler que la déclaration de remploi sera inutile dans l'acte d'acquisition, attendu que les premiers immeubles acquis par le mari après l'aliénation d'un bien propre de la femme serviront de remploi. Toutefois

(1) Dijon, 30 juillet 1897, D. 1901. 1. 90 (sous cass.) note Sarrut. La jurisprudence a eu surtout à statuer, dans cet ordre d'idées, sur l'application au régime dotal de l'art. 1435 combiné avec l'art. 1553 ; Agen, 20 juillet 1858 et dans la même affaire, Req. 2 mai 1859, S. 59.2.1 et la note Gilbert, et I, 293 ; D. 59.1.275 ; Grenoble, 25 avril 1861, S. 61, 2. 565 ; D. *Suppl.* V° *Contrat de mariage*, n. 522, — V. *infrà*, III, n. 1766. — Cpr. Planiol, *op. cit.*, III, 2e éd., n. 959 et 1053.

cette clause n'a de valeur qu'entre les parties ; elle n'est pas opposable aux tiers (1).

3° On peut convenir que le mari ne pourra pas révoquer son offre de remploi, ou, en sens inverse, qu'il aura, sans débat possible, ce droit de révocation tant que le remploi ne sera pas accepté par la femme.

4° Rien ne s'oppose à ce qu'il soit dit que le mari devra opérer le remploi des biens propres de la femme dans un délai fixé par le contrat de mariage. L'épouse aura alors action contre son mari à l'effet de le contraindre à réaliser le remploi ainsi rendu obligatoire pour lui dans le délai qui lui est imparti. Vainement objecterait-on qu'une telle action va jeter le trouble dans le ménage, car elle est évidemment moins grave qu'une action en séparation de biens (2).

5° Il est permis de stipuler que le remploi devra être effectué en biens d'une certaine nature à l'exclusion d'autres biens.

6° Il peut se faire que, sous le régime de la communauté, il soit stipulé que les immeubles propres de la femme ne pourront être aliénés qu'à charge de remploi. C'est là une clause fréquente en pratique. Une pareille clause signifiera qu'il y aura pour le mari obligation de faire le remploi, et qu'il pourra y être contraint. Mais cette clause ne va-t-elle pas plus loin ? Ne vient-elle pas dire que l'aliénation du bien n'est valable à l'égard de l'acheteur que s'il y a eu remploi du prix ? Si l'on dit oui, il en résulte que, sous le régime de la communauté, les immeubles de la femme peuvent être soumis à une inaliénabilité au moins conditionnelle. La possibilité d'établir l'inaliénabilité des biens de la femme se rencontre sous le régime dotal ; elle y est même le droit commun pour les immeubles dotaux (3). Or, la pratique admet que le principe général de la liberté des conventions matrimoniales

(1) Cpr. Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n. 956 et 1053.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 635 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et notes 80-81, p. 307 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n 79 *bis*, IV ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 386 ; Guillouard, *op. cit*, II, n. 503 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 207 *in fine*. — *Contra* Troplong, *op. cit.* II, n. 1073, 1074.

(3) V. *infra*, III, n. 1654 s.

autorise les conjoints à modifier le régime de la communauté, par l'introduction, dans ce régime, d'effets propres au régime dotal. Nous croyons cette solution exacte (1).

Est-ce à dire que la clause par nous supposée sous le régime de la communauté rende le remploi non seulement obligatoire pour le mari, mais encore opposable aux tiers? Non. Pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il y ait une stipulation très claire, ne pouvant prêter à aucune équivoque (2). D'ailleurs, lorsque la clause de remploi obligatoire pour le mari a été de plus, par une stipulation précise, rendue opposable aux tiers, cette clause, remarquons-le, ne rend pas pour cela l'immeuble dotal et inaliénable. Il peut toujours être saisi par les créanciers de la femme. Mais si cet immeuble a été aliéné, le tiers acquéreur est tenu de surveiller le remploi à la réalisation duquel est subordonnée la validité du paiement de son prix (3).

En vertu de l'idée, — et elle n'est plus contestée dans la pratique, — que les futurs époux peuvent, en adoptant le régime de la communauté, y introduire quelques-unes des garanties propres au régime dotal, les conjoints pourront très bien, par exemple, après avoir adopté un régime de communauté réduite aux acquêts, stipuler qu'il devra être fait emploi, au profit de la future épouse, des capitaux à provenir des ventes, échanges et transferts des biens meubles et immeubles qui pourront lui advenir pendant le mariage. Il résulte de cette clause que les tiers débiteurs du prix d'aliénation doivent veiller au remploi. Ces tiers sont tenus de ne payer

(1) V. *supra*, I, n. 67. — Cpr. n. 93.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 696 à 700; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, texte et notes 9 et 13, p. 344; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 79 *bis*, VI; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 389; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 506; Demolombe, *Revue critique*, I (année 1851), p. 723 s.; Huc, *op. cit.*, IX, n. 208. — V. cep. Troplong, *op. cit.*, II, n. 1076 s. — Cpr. Civ. cass., 1er mars 1859, S., 59.1.402, D., 59.1.122. — Req., 19 juill. 1865, S., 65. 1. 372, D., 65. 1. 431. — Req., 30 nov. 1886, S., 87.1.401, D., 87.1.49. — Req., 18 oct. 1898, D., 98.1.568, S., 98.1.521. — Rapp. *infra*, III, n. 1749 s., spécialement n. 1751.

(3) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 128; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 90; II, n. 506. — Cpr. Cass. (ch. réunies), 8 juin 1858, S., 58. 1. 417, D., 58. 1. 233. — Lyon, 11 juill. 1857, S., 58. 2. 6. — Lyon, 14 janv. 1868, S., 68. 2. 7. — Req., 19 janv. 1869, S., 69. 1. 360, D. 69. 1. 503. — Cpr. Lyon, 4 janv. 1877, S., 67. 2. 269, D., 78. 2. 91.

entre les mains du mari que si celui-ci justifie de l'accomplissement du remploi, conformément au contrat de mariage (1).

7° Nous croyons même qu'il peut être, directement ou indirectement, convenu que le mari pourra effectuer un remploi après la dissolution de la communauté. Mais il ne s'agit pas là d'un remploi ordinaire. La situation est changée. Toutes les récompenses sont devenues exigibles ; le compte entre chaque époux et la communauté est clos. Le mari n'est plus le chef de la communauté. Il ne pourra donc agir qu'en vertu d'une clause lui donnant un mandat formel, d'une clause qui fera sortir la récompense du compte courant où elle était noyée et permettra d'en faire l'objet d'un règlement distinct (2),

8° Il nous semble plus difficile encore de stipuler au contrat de mariage, que la femme pourra accepter après la dissolution de la communauté le remploi effectué par le mari pendant la durée de cette communauté.

9° Mais il est certain que le mari ne pourrait pas se réserver le droit de faire un remploi à son profit, à la dissolution de la communauté. Ce serait, en effet, assurer le paiement des reprises du mari avant le paiement de celles de la femme, ce qui serait la violation de l'art. 1471.

425. A la suite de ces questions de droit, viennent des questions de fait et d'interprétation. Nous allons en dire quelques mots.

Il arrive assez fréquemment que, dans le contrat de mariage, il est dit que tels et tels biens apportés par tel ou tel des conjoints, et lui demeurant propres, feront l'objet d'un remploi en cas d'aliénation. En général, de semblables clauses ne doivent pas s'interpréter comme établissant l'obligation du remploi pour le mari. Elles ne doivent s'entendre que comme une sorte de redondance, pour mieux expliquer que le prix demeurera propre comme l'était l'immeuble

(1) Civ. rej., 21 fév. 1894, S., 95. 1. 393, D., 94. 1. 294. — Civ. cass., 13 nov. 1895, S., 99. 1. 267. — Rapp. Req., 18 oct. 1898, D., 98. 1. 568, S., 98. 1, 521.

(2) Cpr. Guillouard, *op. cit.*, II. n. 505.

aliéné lui-même. Ces clauses paraissent être un souvenir de l'époque lointaine où, dans notre ancien droit, le prix d'aliénation d'un bien propre ne donnait lieu à aucune récompense au profit du conjoint. Sous un pareil régime, on comprend des clauses du genre de celles que nous venons d'indiquer. Celles-ci bien qu'inutiles, se sont perpétuées (1).

Mais le sens le plus habituel de la clause de remploi est de le rendre obligatoire pour le mari. Aussi, en pratique, on oppose volontiers, au remploi *facultatif* réglementé par le code civil, le remploi *conventionnel ou obligatoire*.

On doit rechercher en fait quelle a été l'intention des contractants.

D'après les explications que nous avons fournies, on ne devra pas présumer aisément que la femme ait abdiqué aux mains de son mari le choix définitif des biens à acquérir en remploi.

Observons, aussi, que l'expiration du délai fixé pour l'acquisition d'un bien en remploi, n'enlève pas au mari le droit de l'effectuer tant que la communauté n'est pas dissoute (2).

Nous savons d'autre part, par avance, que la clause devra être des plus nettes pour pouvoir être interprétée en ce sens que le remploi est rendu obligatoire même pour l'acheteur du bien propre aliéné (3).

Enfin les clauses stipulant que le remploi devra être fait en *immeubles*, doivent être rapprochées du texte des lois diverses qui ont eu pour but de faciliter les remplois en rentes sur l'État. La loi du 2 juillet 1862 (art. 46), celles des 16 septembre 1871 (art. 29), des 11 juin 1878, 27 avril 1883, 17 janvier 1894 et 9 juin 1902 (art. 3) sont ici à consulter. Ces textes décident, en effet, que la stipulation d'après laquelle le remploi sera fait en immeubles n'empêche nullement la validité d'un remploi en rentes sur l'État, *à moins de clause contraire*. Mais il a été maintes fois jugé que cette clause contraire n'a pas besoin d'être expresse.

(1) Req., 1er fév. 1848, S., 48. 1. 149. D., 59. 5. 465.
(2) Guillouard, *op. cit.*, II. n. 505.
(3) Req., 13 oct. 1898, S., 98. 1. 168. — V. égal. *supra*, I, n. 424.

Les tribunaux ont donc nécessairement sur ce point une grande liberté d'appréciation (1).

c. Acquisition d'un droit indivis dans un immeuble dont un des époux est copropriétaire.

426. Cette hypothèse délicate est régie par l'article 1408 ainsi conçu : « *L'acquisition faite pendant le mariage à « titre de licitation ou autrement de portion d'un immeuble « dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme « point un conquêt ; sauf à indemniser la communauté de « la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition. — Dans « le cas où le mari deviendrait seul, et en son nom person- « nel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la tota- « lité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, « celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le « choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle « devient alors débitrice envers la femme de la portion « appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeu- « ble en remboursant à la communauté le prix de l'acqui- « sition.* »

Le texte distingue deux hypothèses : l'une générale, s'appliquant à l'un ou à l'autre des conjoints, est régie par l'alinéa premier ; l'autre, spéciale à la femme, est réglementée par le deuxième alinéa.

La ligne de démarcation entre ces deux hypothèses est discutée. En essayant de la tracer, nous rechercherons les motifs du texte.

427. — Il résulte de la première disposition de l'article 1408, lorsqu'un des époux possède en propre un droit indivis dans un immeuble, que l'acquisition qu'il fait à titre onéreux de la part de son copropriétaire lui est également propre sauf récompense.

La seconde disposition donne à la femme le droit de prendre pour elle-même, ou, au contraire, de laisser au mari, si

(1) Bourges, 16 mars 1870, S., 2. 218, D., 70. 2. 140. — Rouen, 18 janv. 1870, S., 72.2. 5, D., 71. 2 224. — Caen, 26 janv. 1872, S., 72. 2. 49. D., 74. 5.426. Caen, 8 janv. 1872, S., 72. 2. 49, D., 74. 5. 425. — Rouen, 30 mai 1877, S., 78. 2. 135. — Aix, 9 mai 1866, S., 66. 2. 324. — Paris, 27 mars 1863, S., 63. 2.179.

elle le préfère, l'acquisition qu'il a faite *seul et en son nom personnel* d'une partie ou de la totalité d'un immeuble dans lequel elle avait des droits indivis.

Que convient-il de décider, si l'immeuble dont la femme était copropriétaire a été acheté par les deux époux, mais avec déclaration que l'acquisition est faite pour eux? On décide généralement que cette acquisition n'en sera pas moins pour le compte de la femme, en vertu de l'alinéa 1er de l'article 1408. L'intervention du conjoint non propriétaire peut s'expliquer par divers motifs. Il reste, en tout cas, cette circonstance essentielle que le copropriétaire s'est porté acquéreur. Quant aux déclarations contraires, elles ne peuvent modifier les conventions matrimoniales, ni la loi qui les interprète et décide que toute acquisition à titre onéreux de droits indivis faite par l'époux copropriétaire constitue un propre à son profit, qu'il le veuille ou non (1).

Que faut-il également admettre si le bien dont la femme avait la copropriété a été acquis par le mari seul, sans mandat de l'épouse, mais au nom et dans l'intérêt exclusif de celle-ci, ou bien tant en son nom qu'au nom de sa femme?

L'épouse qui pourrait prendre l'acquisition pour elle-même, a-t-elle le droit de la laisser pour compte à son mari, c'est-à-dire à la communauté?

Dirons-nous, au contraire, que ce cas est régi par la première partie de l'article 1408, et que le texte impose le bien à la femme à titre de propre? Troplong seul est allé jusque-là (2). Mais l'application provisoire de la première disposition de l'article 1408 compte de nombreux partisans (3). D'abord, dit-on, le premier alinéa du texte ne distingue pas quel a été l'acquéreur. Il suffit qu'un bien dont un époux était copro-

(1) Rodière et Pont, *op. cit*, I, n. 598, 599; Troplong, *op. cit.*, I, n. 665; Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1408, n. 1; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 524; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 96; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 602; Planiol *op. cit.*, III, 2e édit. n. 963 s.— *Contra* Toullier, *op. cit.*, XII, n. 165, 166.

(2) V. *op. cit*, I, n. 672.

(3) Civ. rej., 2 déc. 1867, S., 68. 1.161; D., 67. 1.469. — Nancy, 18 mai 1838, D., 39. 2. 18 — Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 611 s., et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 604 s. et n. 611 s. — Civ. rej., 17 lév. 1886, S., 86. 1. 161. D., 86. 1. 249.

priétaire ait été acquis au cours de la communauté, pour que ce bien soit tout entier propre à cet époux. Voilà la règle.

Voici maintenant l'exception. Si le copropriétaire était la femme et que le mari ait acheté, *seul et en son nom propre, à lui mari,* montrant bien qu'il agissait dans son intérêt personnel, sans mandat exprès ni tacite de la femme, celle-ci a un droit d'option. Elle ne l'a que dans cette hypothèse. Il suffit, au contraire, soit que le mari ait stipulé dans l'intérêt de la femme, même simplement en l'associant à l'acquisition, soit qu'il ait gardé le silence en s'abstenant de dire au nom de qui il achète, pour que la règle générale reprenne son empire. L'époux est présumé avoir agi en vertu d'un mandat tacite de l'épouse.

Soit; mais du moins les partisans de cette opinion, — et telle est bien la doctrine de la Chambre civile de la Cour suprême, — doivent concéder que cette présomption de mandat pourra être combattue par la preuve contraire. Ceci maintiendra en fait le droit d'option de la femme, sauf à l'obliger à l'exercer sans retard. En effet, ainsi que l'a dit Tronchet, « le mari ne doit pas avoir la faculté d'acquérir pour la femme malgré elle. » (1)

428. Ce système aura fatalement d'autres applications. S'il est vrai que, au cours de la communauté, l'acquisition d'un bien dont un époux était copropriétaire forme un propre quel que soit l'acquéreur, il faudra admettre que l'immeuble dans lequel le mari avait des droits indivis comme propre lui appartiendra en entier, s'il est acquis par sa femme de lui assistée ou autorisée par la justice.

Toutefois cette application a été repoussée par la Cour de Pau dans un arrêt du 9 décembre 1889 (2). La Cour a jugé

(1) Fenet, XIII, p. 559; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 204; Odier, *op. cit.*, I, n. 539; Marcadé, sur l'art. 1408; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 507, n. 97; Rodière et Pont, *op .cit.*, I, n. 627; Huc, *op. cit*, IX, n. 120,

(2) Pau, 9 déc. 1889, S., 91. 2. 49 (note Bourcart). Cette Cour abandonne-t-elle les tendances contraires qu'elle avait manifestées dans un arrêt du 27 juill. 1885 (S., 87. 2. 84, D., 86. 2. 166), alors qu'il s'agissait, il est vrai, d'une acquisition faite conjointement par les deux époux ?

que l'immeuble est un conquêt, alors même que le mari a autorisé sa femme à faire l'acquisition.

Quoi qu'il en soit, si le silence de l'article 1408 alinéa 1er implique que peu importe l'acquéreur, il faut toujours déclarer le bien propre à l'époux copropriétaire afin d'échapper à une nouvelle indivision entre lui et la communauté, il faut dire logiquement, dans notre hypothèse, que l'acquisition doit former un propre pour le mari.

429. Mais n'est-ce pas exagérer les motifs sur lesquels repose l'article 1408 ? Son point de départ est dans la loi 78, paragraphe 4, au Digeste, au titre *De jure dotium* (XXIII,3). Cette loi déclare dotal pour le tout, sauf indemnité au mari, l'immeuble dans lequel la femme n'avait d'abord qu'un droit indivis par elle apporté en dot, si le mari s'est rendu adjudicataire de cet immeuble sur l'action *communi dividundo*. On considérait que l'époux avait agi pour la conservation de la dot de la femme. Aussi était-ce pour cette dernière une acquisition forcée.

Or, on reconnut dans notre ancien droit, malgré quelques résistances (1), que la femme devait, au contraire, avoir un droit d'option. Ainsi s'explique la seconde disposition de l'article 1408.

Quant à la première disposition du texte, les rédacteurs du code civil l'empruntèrent à Pothier (2). Ce dernier la rattachait à la règle de l'effet déclaratif des partages et l'appliquait spécialement aux licitations. Puis, à la demande du Tribunat, il fut décidé que la règle serait admise quel que fût le mode d'acquisition ou la cause de l'indivision.

Ceci nous explique que Tronchet ait, au Conseil d'État, invoqué l'effet déclaratif du partage (art. 883) pour motiver notre disposition, tandis qu'une explication plus large en a été fournie par le tribun Siméon (3).

Nous sommes donc en présence d'une institution aux limites indécises, reculées par le législateur du code civil. Est-

(1) Lebrun, *Tr. de la communauté*, liv.I, chap. v, distinct.III, n. 12 (p.134, édit., de 1754).

(2) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 140, 145, 150.

(3) Fenet, XIII, p. 558, 607, 813.

ce une raison pour les exagérer et pour violer cette règle de bon sens et d'équité, à savoir qu'une acquisition qui n'a pas été voulue par l'époux copropriétaire ne doit pas être, malgré sa volonté, laissée à son compte à titre de propre ?

Décider, à la rigueur, que l'acquisition à laquelle l'époux *a concouru*, n'y eût-il pas joué le rôle d'acquéreur exclusif, lui restera propre : nous consentons à admettre cette solution en présence des adhésions si nombreuses qu'elle a réunies en doctrine et même en jurisprudence (1). L'époux copropriétaire peut être alors considéré comme ayant eu la volonté prépondérante dans l'acquisition. Il a voulu acquérir cet immeuble ; qu'il le garde. Il ne peut pas alléguer que le prix en est trop élevé.

Nous trouvons à cette solution un double avantage. D'abord la communauté va être créancière et non débitrice de la récompense. D'autre part, nous évitons entre l'époux et cette communauté une indivision, qui se résoudrait peut-être précisément par l'attribution de l'immeuble à l'époux.

Mais il nous paraît difficile d'aller plus loin.

430. En somme, la disposition de l'article 1408 s'harmonise très bien avec l'article 883, sans pour cela s'expliquer par la règle de l'effet déclaratif du partage. Son origine, qui, nous l'avons dit (2), se trouve dans la loi 78 du titre *De jure dotium* au Digeste (XXIII, 3) en est la preuve évidente.

Nous ajouterons qu'il serait, à divers points de vue, dangereux d'expliquer notre texte par l'effet déclaratif du partage. Cela trancherait, notamment, la question très débattue de savoir si la règle de l'article 883 doit recevoir son application en dehors des intérêts pratiques en vue desquels elle a été introduite dans la loi. De plus, il est permis de soutenir, — et c'est une solution que l'on rencontre volontiers

(1) Caen, 25 fév. 1837, S., 38. 2. 154. — Amiens, 3 juin 1847, 22 juin 1848, S., 48. 2. 673 et 675, D., 49. 2. 31. — Pau, 27 juill. 1885, S., 87. 2. 84, D., 86. 2. 166. — Duranton, *op. cit.* XIV, n. 204 ; Odier, *op. cit.*, I, n. 140 ; Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1408, n. 1 ; Troplong, *op cit.*, I. n. 664 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 599 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 96 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 338 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 640, note 48, p. 76. — *Contra* Toullier, *op. cit.*, XII, n. 165, 166.

(2) V. *supra*, I, n. 429.

dans les décisions de justice, sauf à remarquer que la jurisprudence paraît vouloir aujourd'hui dessiner une évolution en sens inverse (1), — que l'article 883 est inapplicable aux actes ne faisant pas cesser complètement l'indivision. Il résulterait de là que l'article 1408 ne s'appliquerait pas toutes les fois que la règle de l'article 883 ne recevrait pas elle-même son application (2).

Au fond, l'article 1408 repose sur une double idée :

1° Si l'acquisition est faite dans les termes supposés par le texte, le législateur estime qu'elle a lieu dans le but de sauvegarder le bien propre de l'époux ;

2° Si la part acquise, pendant la communauté, d'un bien dont l'un des conjoints était copropriétaire par indivis, avait été un conquêt de communauté, il en serait résulté une nouvelle indivision. Celle-ci aurait succédé à la première, alors que l'indivision est un état fâcheux dont la loi n'a pas entendu multiplier les occasions.

431. Étudions maintenant d'une manière spéciale chacune des deux dispositions de l'article 1408.

432. *Première disposition* (art. 1408, al. 1er). — Doit être considéré comme propre à l'époux copropriétaire le droit immobilier indivis acquis à titre onéreux pendant la communauté.

Pour que cette acquisition constitue un propre, il faut qu'elle réunisse certaines conditions. Nous allons essayer de les dégager dans les explications qui vont suivre :

1° L'époux doit, au moment de l'acquisition, avoir un droit *propre* dans l'immeuble dont il s'agit. Si cette portion indivise avait été cédée par lui à la communauté dans son contrat de mariage, l'acquisition du surplus serait pour cette communauté. La solution contraire violerait le texte et l'esprit de la

(1) V. et cpr. Req., 29 mars 1854, S., 56. 1. 49, D., 54. 1. 331. — Req., 8 mars 1875, S., 75. 1. 449, D., 76. 1. 370. — Civ. cass., 19 mai 1886, S., 87. 1. 113. — Req., 16 fév. 1887, S., 88. 1. 257. — Civ. cass., 4 mars 1891, S., 94. 1. 411. — Req., 9 déc. 1878, S., 79. 1. 404. — Civ. rej., 21 mai 1895, S., 95. 1. 350. — Nancy, 7 juill. 1896, S., 97. 2. 123. — Civ. cass., 12 mars 1900, *Fr. jud.*, 1900. 2. 245. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, III, n. 3313 (2e édit.).

(2) V. *infra*, I, n. 441.

loi. La communauté propriétaire d'une partie indivise du bien doit, en effet, l'être des autres parties sous peine de voir se créer une nouvelle indivision. Et s'il s'agit d'une licitation, qui attribue tout l'immeuble, il est juste que la communauté, déjà copropriétaire, garde l'immeuble en son entier.

2° Le droit propre de l'époux doit, lors de l'acquisition, le mettre réellement en état d'indivision avec le tiers dont la part est acquise.

L'article 1408 exige formellement cette condition. L'acquisition serait donc pour la communauté si, après que l'époux a obtenu de ses copropriétaires une part divise, ceux-ci lui ont vendu leurs parts, fussent-elles restées indivises entre elles. Il suffit que cette acquisition procure à la communauté un lot ou un ensemble de lots *distincts* de celui du conjoint, pour que nous soyons en dehors des termes de l article 1408. Ici, il n'y a plus lieu de craindre une indivision entre la communauté et le conjoint (1).

433. Peu importe, étant donné cette situation, que le partage qui existe en droit n'ait pas encore été, en fait, exécuté. Il importe peu que les biens soient encore l'objet d'une jouissance indivise, que la ligne séparative n'ait pas été tracée, des bornes plantées, des clôtures établies, des portes murées, même des cloisons et des escaliers construits dans l'intérieur d'un bâtiment. Le partage existant en droit, il ne saurait être question de propriété indivise (2).

434. Il en serait autrement, si le partage opéré entre l'époux et ses copropriétaires n'était qu'un partage de jouissance, un partage provisionnel. En droit, l'indivision subsisterait, et l'article 1408 alinéa 1er serait applicable. L'acquisition porterait, en effet, sur des droits réellement indivis à l'égard du conjoint.

435. Si l'on suppose l'acquisition de l'usufruit d'un immeuble dont la nue propriété est indivise entre le conjoint et divers cohéritiers, est-elle régie par l'article 1408? Cet usufruit acheté, par exemple, de la veuve du *de cujus*, va-t-il

(1) Douai, 10 mars 1828, S. chr.
(2) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 518. — Paris, 24 janv. 1866, S., 66. 2. 282.

être propre à celui qui l'a acquis ? Répondons, non ; cet usufruit tombera dans la communauté. Entre l'usufruitier et le nu propriétaire, il n'y a pas d'indivision. D'ailleurs, en fait, l'existence d'un usufruit essentiellement temporaire est loin de produire les inconvénients d'une indivision proprement dite.

Il y aurait au contraire indivision, et par suite application de l'article 1408 alinéa 1er, quand l'époux a droit à une quotepart de l'usufruit d'un immeuble et qu'il n'est pas intervenu de partage de jouissance. Les parts d'usufruit que ce conjoint achèterait au cours de la communauté lui appartiendraient en propre, sauf, bien entendu, le droit pour la communauté de recueillir pendant toute sa durée les revenus de cet usufruit.

436. En tout cas, dès qu'il y a indivision, il n'y a pas à se préoccuper de l'importance du droit indivis du conjoint. L'acquisition lui serait propre, n'eût-il été copropriétaire que pour un centième dans l'immeuble indivis (1).

437. 3° L'article 1408 alinéa 1er est applicable quel que soit le mode d'acquisition. Le texte parle en effet de l'acquisition au cours du mariage « *à titre de licitation ou autre-* « *ment.* » Or nous savons que ces mots : « *ou autrement* » ont été ajoutés dans la loi à la demande du Tribunat, pour que, précisément, la disposition s'applique quel que soit le mode d'acquisition ou l'origine de l'indivision (2).

438. Peu importe que l'acte ait été qualifié partage, licitation, vente ou cession de droits successifs, transaction, etc.

439. Nous croyons même, avec la majorité des auteurs (3), que l'époux aura en propre l'immeuble acheté sur une saisie immobilière dirigée, par exemple, contre la succession bénéficiaire dont il était cohéritier. C'est à tort qu'on a voulu

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 602 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 90, p. 310; Arntz, *op. cit.*, III, n. 601; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 520.

(2) V. *supra*, I, n. 429.

(3) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 157 ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 200; Odier, *op. cit.*, I, n. 135 ; Troplong, *op. cit.*, I, n. 662 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 615 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 93, p. 311 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 328 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 523. — Amiens, 3 mars 1815 sous Cass., 24 juill. 1816, S. chr.

voir là un titre absolument nouveau (1). Le saisi a le rôle de vendeur et si, parmi les copropriétaires, il en est qui peuvent acheter sans violer l'article 711 du code de procédure civile, leur acquisition est bien un moyen de conserver leur part dans l'immeuble et d'y réunir la part des autres. Il s'agit donc bien là de la cause de propres prévue par l'article 1408.

440. Toutefois nous estimons que la donation ou le legs d'une part indivise échapperait à cet article 1408. Les acquisitions de ce genre sont gouvernées par l'article 1405. Elles constitueront d'ailleurs aussi le plus souvent des biens propres (2). Mais pour que la part indivise ainsi donnée ou léguée forme un conquêt, il suffira que le disposant l'ait voulu tandis que, dans les cas régis par l'article 1408, les déclarations du cédant n'auraient pas cette efficacité. Les stipulations de l'acte ne peuvent pas empêcher l'époux d'avoir en propre le bien indivis à l'acquisition duquel il a concouru.

Ajoutons que l'application des deux articles 1405 et 1408 diffère également au cas où l'acquisition est faite par les deux époux (3).

441. 4° Ne faut-il appliquer l'article 1408 que lorsque l'acquisition met fin complètement à l'indivision de l'immeuble?

La question a été d'abord controversée en doctrine et en jurisprudence. L'article 1408, disait-on, est une application pure et simple à la communauté du principe d'après lequel le partage est déclaratif (art. 883). L'époux a en propre le bien qu'il est censé avoir eu tout entier dès le commencement de l'indivision, puisqu'il lui est attribué en totalité par le partage ou l'acte qui équivaut à partage. A quoi bon du reste, ajoutait-on, redouter de faire naître une indivision entre la communauté et l'époux, si le bien est resté indivis à l'égard d'au-

(1) Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, I, p. 219.

(2) V. *supra*, I, n. 318 s., 358 s.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 617; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 89, p. 310.

tres copropriétaires? Il faudra toujours recourir à un partage pour faire cesser l'indivision (1).

Cette opinion, s'appuyant sur l'idée déjà contestable que l'effet déclaratif du partage ne s'appliquerait pas aux actes qui ne font pas cesser complètement l'indivision, a succombé (2). Elle a été condamnée par la Cour de cassation et répudiée par la plupart des auteurs. Elle ne tient pas assez de compte de la transformation subie, sous l'influence du Tribunat (3), par la théorie dont nous parlons. Qui plus est, elle viole le texte de l'article 1408. Il est remarquable, en effet, que cet article, citant en première ligne la licitation comme mode d'acquisition dans l'espèce, emploie cette formule : « *acquisition... de portion d'un immeuble* », quoique la licitation porte d'ordinaire sur l'immeuble en entier. C'est bien à dessein que le rédacteur du texte, au risque d'encourir le reproche d'incorrection, appelle notre attention sur ce point, qu'il suffit de l'acquisition d'une portion de l'immeuble. Nous savons, d'autre part, que le tribun Siméon donne au texte une base plus large que l'article 883 (4).

Puis, il avait fallu concéder que les acquisitions successives de parts indivises sont un acheminement vers la cessation de l'indivision, et que l'article 1408 devrait être appliqué si tous les parts avaient été finalement achetées (5). Cette concession ruinait la doctrine aujourd'hui abandonnée. Comment expliquer, en effet, que les premières parts acquises à titre de conquêts devinssent propres, si les autres étaient achetées à leur tour? Que décider aussi si l'acquisition de ces dernières n'avait lieu qu'après la dissolution de la communauté ?

En un mot, l'article 1408 ne distinguant pas, on ne voit pas pourquoi des distinctions seraient faites (6).

(1) Troplong, *op. cit.*, I, n. 641, 660 s. et *Additions*, IV, p. 794 s. ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 609 s.

(2) Rapp. *supra*, I, n. 430.

(3) V. *supra*, I, n. 429.

(4) V. *supra*, I, n. 429

(5) Req., 3 janv. 1850, S., 50. 1. 279, D., 50. 1. 171. — Paris, 3 déc, 1850, D., 51. 2. 223. — Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 611.

(6) Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 640, note 49. p. 77 ; Garnier, *Rép. de*

442. 5° Nous avons déjà remarqué qu'il ne faut pas s'inquiéter de l'origine ou de la cause de l'indivision. Seul, Toullier (1) avait entrepris de démontrer que l'indivision devait être antérieure au mariage. Sa thèse n'avait d'appui ni dans la lettre ni dans les motifs du texte.

443. 6° Toutefois une difficulté grave a surgi au cas où l'indivision a sa cause dans une succession. Non pas que personne ait eu l'idée, — elle eût été bizarre, — d'excepter cette cause d'indivision, la plus fréquente. C'est celle à laquelle, au contraire, le législateur a peut-être le plus songé en édictant l'article 1408.

Mais l'acquisition d'une part indivise dans une succession, en partie mobilière et immobilière pour partie, rentre-t-elle dans les prévisions de notre texte ? Il suppose que l'acquisition porte sur un immeuble déterminé, puisqu'il parle de l'acquisition « *de portion d'un immeuble* ».

Ceci posé, il est certain que l'article 1408 est inapplicable aux propres mobiliers. A plus forte raison les meubles des successions doivent-ils rester en dehors de l'application du texte, quand ils tombent en communauté.

On admet, d'un autre côté, que la disposition de loi dont nous parlons doit s'étendre à l'acquisition de plusieurs immeubles déterminés ou même à tous les immeubles d'une succession.

Mais on conteste que l'article 1408 soit applicable à l'acquisition de droits indivis, non plus dans des immeubles, mais dans une universalité pour partie mobilière.

L'opinion favorable à l'extension de l'article 1408 compte, cependant, de nombreux partisans (2). D'abord, tout le monde

l'enreg., n. 8240 ; Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1408, n. 1, et *Rev. crit.*, I, p. 528 s. ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 94, p. 311, 312 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 329; Arntz, *op. cit.*, III, n. 602; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 521 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 118 *in fine*. Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n. 964. — Amiens, 22 juin 1848, S., 48. 2. 675, D., 49. 2. 327. — Bourges, 20 août 1855, S., 57. 2. 265. D., 56. 2. 41. — Orléans, 13 août 1856, S., 56. 2. 646, D., 57. 2. 7. — Pau, 6 juin, 1860, S., 61. 2. 131, D., 69. 2. 198. — Bordeaux, 18 janv., 1866, sous Cass., 2 déc. 1867, S., 68. 1. 161, D., 67. 1. 469. — Civ. rej., 30 janv. 1865, S., 65. 1. 140, D., 65. 1. 190.

(1) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 159. — V. aussi Odier, *op. cit.*, I, n. 136.

(2) *Sic* Troplong, *op. cit.*, I, n. 676 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 507, texte et

reconnaît que, en raison, il n'y a pas lieu de distinguer entre cette hypothèse et les précédentes. La lettre du texte serait seule défavorable. Mais l'est-elle réellement ? Oui, dit-on, parce que dans notre cas, l'acquisition porte à la fois sur des droits mobiliers et sur des droits immobiliers. Ceci revient à soutenir que le texte serait applicable si, dans l'acquisition, on avait eu soin de stipuler un prix distinct pour les droits immobiliers. Or, ce qui n'a pas été fait dans l'acte peut être fait après coup, par ventilation, et même d'une manière qui sauvegardera peut-être mieux les intérêts de la communauté. Par conséquent l'objection disparaît. En droit le texte est applicable, puisque deux acquisitions, faciles à séparer, ont été faites : l'une de droits mobiliers, pour le compte de la communauté, l'autre, de droits immobiliers, qui resteront propres au conjoint. Ainsi sera dénouée la situation, si l'acquisition a mis fin à l'indivision et procuré aux époux l'ensemble des biens indivis. Dans le cas où, au contraire, l'indivision subsisterait, on procéderait, s'il y avait lieu, selon les circonstances, à un règlement par voie de récompense entre le conjoint et la communauté.

444. En résumé, l'application de l'article 1408 alinéa 1er, suppose quatre conditions :

1° L'acquisition doit avoir été faite par le conjoint copropriétaire ou du moins avec son concours. Peut-être même doit-on considérer comme telle l'acquisition faite par le mari, stipulant au nom de sa femme, sans que celle-ci élève de protestations, surtout si elle est présente au contrat.

2° Le conjoint doit avoir, lors de l'acquisition, un droit propre dans l'immeuble.

note 95, p. 312; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 526; Huc, *op. cit.*, IX, n. 119.—*Contra* Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 331 ; Rodière et Pont, *op. cit*, I, n. 625; Odier *op. cit.*, I, n. 136; de Folleville, *op. cit.* I, n. 196 —*Sic* Bourges, 20 août 1855, S., 57.2.265, D., 56.2.41. — Amiens, 3 juin 1847 et 22 juin 1848, S., 48.2.673, D., 49.2.31. — Pau, 6 juin 1860, S., 61.2.131, D., 60. 2.198. — Montpellier, 7 avril 1870, S., 70.2.238.—*Contra* Req., 25 juil. 1844 (motifs, dans une hypothèse où le mari tentait d'éviter le retrait successoral), S., 44. 1. 614. — Riom, 9 mars 1846, S.. 46. 2. 257, D., 46. 2. 121. — Riom, 15 nov. 1869, S., 70.2.39. —Bastia, 5 févr. 1890, S., 90. 2. 136. — J. Toulouse, 27 janv. 1894, S., 96.2,53.

3° Ce droit doit, au même moment, être indivis avec celui qui a été acquis.

4° L'acquisition doit avoir eu lieu à titre onéreux.

445. *Deuxième disposition* (art. 1408, al. 2). Le second alinéa de l'article 1408 est exclusivement consacré à la femme. Il nous présente une application de ce système de garanties que la loi accorde à l'épouse comme contre-poids de l'autorité du mari, chef de la communauté. Il donne à la femme un droit d'option fort avantageux, celui de réclamer pour elle-même ou de laisser pour compte à la communauté l'acquisition de droits indivis à laquelle elle n'a pas concouru.

Le mari ne saurait s'en plaindre, car il ne peut pas acheter pour la femme malgré elle à un prix peut-être excessif. Et s'il a acquis dans l'esprit de garder l'immeuble pour la communauté, il ne saurait blâmer la femme de le prendre au mot.

Mais, d'autre part, si la femme est restée étrangère à l'acquisition, ce sera souvent par suite de l'état de subordination dans laquelle elle est placée par la loi et par les mœurs quant à la gestion de ses propres affaires. Peut-être le mari, en ayant soin de tenir la femme à l'écart, a-t-il voulu réserver à la communauté, c'est-à-dire en partie à lui-même, le profit d'une excellente opération.

Ce dernier point de vue est, à notre avis, le principal. Ce qui le prouve, c'est que les praticiens ont, depuis longtemps, donné le nom de *retrait d'indivision* au droit accordé à la femme de prendre pour elle le marché que le mari a déclaré faire pour lui seul et en son nom personnel.

De là nous pouvons conclure, il nous semble, sans témérité, qu'un droit analogue n'est pas accordé réciproquement au mari. Il ne pourra pas prendre pour lui-même, *retrayer* l'acquisition que la femme aurait faite, par exemple, à titre de remploi avec l'autorisation de la justice.

Quoi qu'il en soit, il est inutile d'examiner à nouveau la controverse ci-dessus exposée (1). Pour les uns, l'alinéa deu-

(1) V. *supra*, I, n. 427 s.

nième de l'article 1408 déroge au droit commun, en ce sens que la femme, au lieu d'être, *malgré elle*, propriétaire du bien dans lequel elle avait des droits indivis avant l'acquisition, aura la faculté de laisser cette acquisition à la communauté, mais seulement, a-t-on dit parfois, si le mari a traité en son nom personnel. Pour les autres, le droit commun aurait conduit à cette conséquence tout opposée, à savoir que la femme n'aurait pas pu, sans notre texte, réclamer pour elle une acquisition à laquelle elle a été totalement étrangère.

C'est dans cette dernière opinion, semble-t-il, que l'on trouve l'idée de retrait. D'après la première doctrine, la disposition finale de l'article 1408 ne créerait au profit de la femme qu'un droit de délaissement ou d'abandon de l'acquisition à la communauté, ce qui est tout le contraire d'un retrait.

Or, nous allons voir que nous sommes bien en présence de l'un des trois retraits consacrés par le code civil (1).

446. Les nombreuses questions relatives au retrait d'indivision peuvent se grouper sous trois chefs. Les voici :

A. Dans quel cas la femme a-t-elle le droit d'option créé par l'article 1408 alinéa 2 ?

B. En quelle forme et à quelle époque s'exerce ce droit d'option ? Par qui peut-il être exercé ?

C. Quelles sont les conséquences légales du droit d'option?

Dans ce dernier ordre d'idées, nous aurons à rechercher :

1° La condition juridique de l'immeuble tant que l'option n'est pas exercée ;

2° Les conséquences de l'option dans le sens de la renonciation au droit d'exercer le retrait ;

3° Ce qu'est l'exercice du retrait : ses conditions, ses effets.

Tel va être le plan de nos développements.

447. A. Dans quels cas la femme a-t-elle le droit d'option créé par l'article 1408 alinéa 2 ?

La première condition, c'est que l'épouse ait été étrangère à l'acquisition. Si elle y avait concouru, cette acquisition

(1) Rapp. de l'art. 1408 al. 2, les art. 841 et 1699.

serait irrévocablement pour elle (art. 1408 al. 1er). En essayant de tracer la limite entre les deux dispositions de l'article 1408, nous sommes arrivés à cette conclusion, à savoir qu'il serait inique que la femme n'ayant pas concouru à l'acquisition, soit par elle-même, soit par mandataire, fût contrainte de garder comme propre le bien acquis (1).

Nous lui reconnaîtrons donc le droit d'option, non seulement quand le mari a déclaré acheter *seul et en son nom personnel*, comme dit le texte, mais encore si le mari, figurant *seul et sans mandat de sa femme* au contrat, n'a point dit au nom de qui il achetait, ou a déclaré acheter soit au nom de la communauté, soit en son nom et en celui de sa femme, ou même s'il a déclaré acquérir au nom et pour le compte exclusif de l'épouse. C'est dans ces hypothèses, nous l'avons vu, que l'on discute, — et cette discussion est permise, — sur le point de savoir si le mari n'a pas représenté valablement sa femme à l'acquisition en vertu d'un mandat tacite (2).

448. Il va sans dire que, en dehors de la première condition que nous venons de signaler pour que l'article 1408 alinéa 2 soit applicable, il faut exiger les autres conditions requises pour que le premier alinéa du texte reçoive également son application.

Il faut que la femme ait, lors de l'acquisition faite par le mari, un droit indivis dans l'immeuble et ne l'ait cédé ni à la communauté par contrat de mariage, ni abandonné à son mari par donation, ni vendu ou donné à un tiers.

Il est nécessaire aussi que, au moment de l'acquisition, il y ait indivision entre le droit de la femme et le droit acquis (3).

Peu importe enfin le mode d'acquisition, *pourvu qu'il soit à titre onéreux*.

Quant à l'acquisition à titre gratuit, elle doit, — nous le savons et nous le répétons, — être gouvernée par l'article 1405 (4). S'il a plu au donateur ou au testateur de faire

(1) V. *supra*, I, n. 423.

(2) Consulter la note de M. Lyon-Caen dans S., 86. 1. 161, et celle de M. Bourcart dans S., 91. 2. 49. — V. égal. *supra*, I, n. 427.

(3) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 514. — Montpellier, 9 janvier 1854, S., 54. 2. 662, D., 55. 2. 230.

(4) V. *supra*, I, n. 318 s., 358 s.

la libéralité au mari seul et en son nom personnel, il faut respecter cette volonté.

Mais une acquisition, dès qu'elle est à titre onéreux, fût-elle sur saisie immobilière, comporterait l'exercice du droit d'option de la femme (1). Et l'article 711 du code de procédure civile y fera moins d'obstacle que dans l'hypothèse prévue au premier alinéa de l'article 1408. On comprendrait, en effet, l'annulation d'une adjudication prononcée au profit d'un des héritiers purs et simples à la suite d'une saisie pratiquée par un créancier héréditaire, — les créanciers personnels des héritiers ne pouvant saisir qu'après le partage (art. 2205). Mais l'adjudication est valable quand elle est prononcée au profit du mari en son nom personnel. L'exercice, par la femme, du retrait d'indivision, ne transforme pas le mari en un prête-nom de celle-ci.

Ajoutons que la femme aura son droit d'option quand même l'acquisition n'aurait pas fait cesser l'indivision et quelles que soient l'origine, la cause de cette indivision, la date où elle a pris naissance ; quelles que soient aussi les stipulations de l'acte d'acquisition. Le mari ne pourrait point se ménager, par des clauses, un moyen d'empêcher le retrait.

Il importe peu, pour l'existence du droit d'option de la femme, que l'acquisition ait pour objet une part indivise dans un immeuble déterminé ou une part indivise dans une succession mobilière pour partie, avec ou sans prix distinct pour le droit indivis dans les immeubles et le droit indivis dans les meubles (2).

Mais le retrait d'indivision n'existe pas en matière mobilière pour les droits indivis qui seraient propres à la femme.

(1) V. cep. Bordeaux, 10 août 1870, S., 71. 2. 31, D., 71. 2. 53.

(2) Troplong, *op. cit.*, I, n. 676 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 91, p. 312 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 256 et 541 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 680 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 680. — Montpellier, 5 avril 1870, S., 70. 2. 238. — *Contra* Odier, *Tr. du contrat de mariage*, I, n. 136 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 625 ; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 196 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 331. — Req., 25 juill. 1844, S. 44. 1. 614. — Riom, 15 nov. 1860, S., 70. 2, 39. — Bastia, 5 fév. 1890, S., 90. 2. 136. — J. Toulouse, 27 janv. 1890, S., 96. 2. 53.

Ces solutions diverses sont communes aux deux hypothèses de l'article 1408 (1).

449. Une question importante est, au contraire, spéciale au retrait d'indivision : la voici.

Ce retrait ne peut-il être exercé par la femme que sous le régime de communauté ? Pourrait-elle user de ce privilège sous le régime exclusif de communauté, ou même quand elle est soumise au régime dotal sans société d'acquêts ?

On aperçoit de suite l'objection dans toute sa gravité. Un retrait est un droit exceptionnel. Ici, c'est une faveur accordée à l'épouse, l'un des contre-poids qui lui appartiennent pour contrebalancer les pouvoirs du mari, chef de la communauté. Pouvons-nous donc étendre ce privilège exorbitant en dehors du texte qui l'établit ? L'article 1408 a sa place dans le chapitre du code civil où l'on traite du régime de communauté. Qu'on l'étende à toute communauté conventionnelle, même à la communauté d'acquêts jointe ou non au régime dotal (art. 1528, 1581), soit. Lorsqu'une société d'acquêts est jointe au régime dotal, on conçoit que, là encore, la femme puisse laisser le bien à la société d'acquêts, ou le prendre pour elle-même (2). Mais supposons le régime dotal pur. De quel droit étendre l'article 1408 à un régime absolument étranger au chapitre II du titre *Du contrat de mariage ?*

Cependant la jurisprudence et la majorité des auteurs permettent à la femme d'exercer le retrait d'indivision sous tous les régimes matrimoniaux, même sous le régime dotal pur (3).

(1) Rapp., *supra*, I, n. 437 s.

(2) V. *infra*, III, n. 1939, 1941.

(3) Toullier, *op. cit.*, XIV, n. 218 et 219 ; Duranton, *op. cit.* XV, n. 363 ; Tessier, *De la dot*, I, p. 279, note 473 ; Troplong, *op. cit.*, I, n. 687 s. ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I. n. 620 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 537, texte et note 140, p. 595 et 596 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 546. — *Contra* Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, IV, p. 143 ; Odier, *op. cit.*, III, n. 1309 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 334; Huc, *op. cit.*, IX, n. 122.—Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n° 966. — Pour la jurisprudence, v. dans le sens de la doctrine générale : Req., 1er mai 1860, S., 61. 1. 785, D., 60. 1. 511. — Toulouse, 24 janv. 1835, S., 35. 2. 383. — Riom, 10 fév. 1836, S., 36. 2. 186. — Riom, 20 mai 1839, S., 39. 2. 513. — Riom, 29 mai 1843 S., 44. 2. 243. — Lyon, 20 juill. 1843, S., 44. 2. 319. —

Pour justifier cette doctrine qui nous paraît exacte, il ne suffit pas de dire que les motifs de ce droit de retrait se retrouvent sous tous les régimes. Nous nous exposerions à cette réponse, à savoir que le législateur a manqué à sa mission en n'édictant cette faveur que pour la femme commune en biens ; c'est à lui et non aux interprètes qu'il appartient de combler cette lacune du code civil.

Mais une raison historique d'une grande puissance, complétée par un argument déduit de la manière dont ont été rédigés les textes relatifs au régime dotal, semble avoir assuré l'extension de l'article 1408 alinéa 2.

C'est, en effet, à Rome, en faveur de la femme dotale, qu'est née l'institution dont nous faisons l'étude. Cette institution s'est développée dans l'ancien droit écrit aussi bien que dans le droit coutumier. D'autre part, nous savons que le régime dotal, d'abord condamné par les rédacteurs du code civil, n'obtint qu'au dernier moment des textes encore très insuffisants (1). Mais il est certain que le régime dotal, dont nos législateurs votèrent le maintien, est celui qui était pratiqué dans l'ancien droit français. Ils ont entendu en reproduire la physionomie et en respecter les règles (2). Or, nous venons de le dire, le retrait d'indivision en faisait partie.

450. B. En quelle forme et à quelle époque doit s'exercer l'option ? Par qui peut-elle être exercée ?

Les textes ne soumettent l'option de l'épouse à aucune forme. Il suffira donc d'une manifestation de volonté certaine dont les tribunaux auront, en fait, à vérifier l'existence. La volonté de renoncer au retrait pourrait être suffisamment exprimée par le concours de la femme à l'aliénation de l'immeuble consentie par le mari (3).

Grenoble, 18 août 1851, S., 53. 2. 91, D., 56. 2. 61. — Riom, 15 nov. 1869, S., 70. 2. 39, D., 69. 2. 231. —Pau, 27 juillet 1885, S., 87. 2. 84.—Civ. rej. 17 fév. 1896, S., 86. 1. 161, D., 86. 1. 249. — Civ. rej. 26 janv. 1887, S., 90. 1. 293, D., 87. 1, 275. — *Contra* J. Toulouse, 27 janv. 1894, S., 96. 2. 53. — V. *infra*, III, n. 1466 *bis*, 1533, 1587, 1727.

(1) V. *supra*, I, n. 53 et 61. — V. également *infra*, III, n. 1543, 1545.

(2) Rapp. *infra*, III, n. 1819 s., spécialement n. 1821 s.

(3) Req., 1er mai 1850, S., 61. 1. 785, D., 60. 1. 511. — Civ. rej., 26 janv. 1887, S., 90. 1. 293, D., 87. 1. 275. — *Contra* Besançon, 20 mars 1850, S., 50. 2. 445, D., 52. 2. 287. — Si aucune forme sacramentelle n'est exigée de la

451. Il est plus délicat de fixer l'époque à laquelle l'option peut être exercée. L'article 1408 ne tranche-t-il pas cependant la question, quand il nous dit en parlant de la femme : « Celle-ci, *lors de la dissolution de la communauté*, aura le choix... » (1) ?

Cependant, il est bien difficile d'appliquer cette solution dans toute sa rigueur.

Que la femme ait le droit d'attendre, pour exercer son choix, la dissolution de la communauté ; que personne ne puisse la contraindre à devancer cette époque : soit (2).

Mais, d'abord, on ne peut guère lui refuser l'exercice des mesures conservatoires de son droit d'option pendant la communauté, par exemple, empêcher la saisie de l'immeuble sur le mari (3), faire réserver son droit de résolution, stipuler des garanties de restitution.

D'autre part, il ne nous semble guère contestable que la femme puisse exercer le retrait de l'immeuble avant la dissolution de la communauté. Si l'on objecte que le mari va pouvoir alors abuser de son influence vis-à-vis de l'épouse pour lui faire prendre à son compte un marché désavantageux, il est facile de répondre, en remarquant que la femme, au moment de l'acquisition, aurait très bien pu se rendre acquéreur. Or, l'influence du mari est-elle donc plus dangereuse après l'acquisition qu'au moment où elle se produit ? Nous ne le croyons pas (4).

part de la femme pour faire son option, il va de soi qu'aucun doute ne doit exister sur sa volonté. — V. Caen, 31 juill. 1858, S., 59. 2. 97.

(1) Suivant une doctrine, l'option n'appartiendrait, en effet, à la femme qu'à la dissolution de la communauté. V. Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1408, n. 4; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, p. 78, note 54, § 640 ; Odier, *op. cit.*, I, n. 141 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 634 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 606-1° ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 635 et 638, et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 685 et 638. — Req., 25 juill. 1844 (motifs), S., 44. 1. 614. — Nancy, 9 juin 1854, S,, 54. 2. 785, D., 55. 2. 251. — Rennes, 9 fév. 1891, S., 91. 2. 127, D., 91. 2. 174.

(2) Aubry et Rau, *op. cit* , V, § 507, texte et note 102, p. 315 ; Guillouard. *op. cit.*, II, n. 551.

(3) Riom, 29 mai 1843, S., 44. 2. 243, D., 45. 2. 27.

(4) Babinet, *Revue de droit français et étranger*, 1845, II, p. 702 ; Troplong. *op. cit.*, I, n. 679 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 101, p. 314-

452. Il reste à savoir si la femme ne va pas pouvoir déclarer, pendant la communauté, qu'elle abandonne l'acquisition et renonce au retrait de l'immeuble.

Cette question peut être envisagée, d'une part, dans les rapports des époux et du tiers acquéreur du bien, et, d'autre part, dans les rapports de la femme avec le mari, avec la communauté.

Ceci posé, ne permettrons-nous pas à la femme de renoncer au retrait dans l'intérêt du tiers acquéreur ? Déclarer cette renonciation nulle, c'est dire que l'immeuble restera inaliénable pendant la communauté, c'est prétendre que le mari et la femme conjointement n'en pourront pas disposer. Or cette solution est inadmissible. De deux choses l'une, en effet : ou bien l'immeuble est un conquêt que le mari peut aliéner, ou bien il est propre à la femme et cette dernière peut en disposer avec l'autorisation de son mari. Donc l'aliénation consentie par les deux époux rend le tiers acquéreur irrévocablement propriétaire, et le retrait est sans objet (1).

Faut-il faire un pas de plus ? On l'admet assez généralement (2). Pourquoi la femme ne pourrait-elle pas, renonçant au regard du mari au bénéfice que la loi lui accorde, devancer un délai établi dans son intérêt exclusif ? Le droit d'accepter ou de répudier la communauté n'est point en jeu. Il ne s'agit pas d'une prérogative de même nature destinée à protéger la femme contre la mauvaise administration de son mari. Aussi bien le texte de l'article 1408 alinéa 2 n'a-t-il rien de prohibitif. Nous ne voyons pas, dit M. Guillouard, pourquoi la femme ne pourrait pas prendre le lendemain, le parti qu'elle aurait pu prendre la veille en figurant au contrat d'acquisition. Si elle peut exercer le retrait pendant la communauté, pourquoi n'y pourrait-elle pas renoncer ?

Il faut reconnaître cependant que l'opinion, déniant à la

315 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 37 *bis*, III ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 342 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 551; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit. n. 969. — Lyon, 20 juill. 1843, S. 44. 2. 319.

(1) Vigié, *op. cit.*, III, n. 112, note 2. — Civ. rej.. 26 janv. 1837, S.. 90. 1. 293, D., 87. 1. 275.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 345 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 551.

femme le droit de renoncer, vis-à-vis de son mari et au profit de la communauté, au bénéfice que lui accorde l'article 1408 alinéa 2, est des plus sérieuses. En effet, fait-on observer, la femme, par sa renonciation, va abandonner un propre à la communauté, cela en violation de la loi qui, dans l'article 1595, prohibe la vente entre époux (1).

453. Quoi qu'il en soit, s'il n'existe pas de communauté entre les conjoints, on considère alors que l'option doit être faite au moment où la femme exerce ses droits. Elle doit l'être immédiatement, s'il s'agit d'un bien paraphernal; lors de la séparation de biens ou après la dissolution du mariage, s'il s'agit d'un bien qui, propre à l'épouse, serait soumis à l'administration du mari, ce qui est le cas des biens dotaux sous le régime dotal et sous le régime exclusif de communauté (2).

454. Ajoutons que le droit d'option est soumis à la prescription trentenaire. Celle-ci commence à courir à dater du jour où la femme a pu être contrainte à exercer son option, d'après les distinctions que nous venons d'établir (3).

455. Nous croyons même que, après la dissolution de la communauté, si la femme, qui peut à ce moment-là être mise en demeure d'exercer son option, garde le silence, ce silence équivaudra à la renonciation du droit de retrayer l'immeuble, devenu alors irrévocablement un conquêt. La femme ne saurait entraver la liquidation de la communauté en refusant de se prononcer. L'article 1408, loin de favoriser son silence, ne lui accorde, d'ailleurs, que jusqu'à la dissolution de la communauté pour délibérer. A cette époque, elle perd le droit au retrait, si elle laisse figurer l'immeuble à titre de conquêt dans la liquidation et le partage.

456. Jusqu'ici, nous n'avons parlé que de la femme exerçant le droit d'option. Mais le droit d'exercer le retrait

(1) Vigié, *op. cit.*, III, n. 112.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 635; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 553. — Limoges, 12 mars 1828, S. chr. — Grenoble, 18 août 1854, S., 55. 2. 91, D., 56. 2. 61. — Rapp. Civ. rej., 23 janv. 1837, S., 90. 1. 293, D., 87. 1. 275.

(3) Caen, 31 juill. 1858, S., 59. 2. 97.

passe-t-il à ses héritiers ? Les créanciers de l'épouse peuvent-ils s'en prévaloir si elle néglige de le faire ?

Nous répondrons affirmativement à ces deux questions, tout en reconnaissant que la seconde est controversée.

D'abord, la première solution ne peut guère faire de doute. Elle n'en a d'ailleurs pas soulevé. Le droit au retrait étant simplement pécuniaire, aucun intérêt moral n'est en jeu. Il s'agit seulement de faciliter l'administration des biens propres et de sauvegarder les intérêts de la femme contre les imprudences ou les calculs égoïstes de son mari (1).

On soutient, au contraire, avec énergie (2) — et beaucoup de décisions judiciaires sont en ce sens (3) — que le droit d'option est au nombre des prérogatives que les créanciers ne peuvent pas exercer à la place de leur débiteur (art. 1166). L'article 1408 alinéa 2, dit-on, accorde à la femme une faveur exceptionnelle, supposant de sa part une appréciation purement personnelle. Comprendrait-on que l'épouse, qui ne peut être contrainte par son mari lui-même à prendre pour elle une acquisition dont elle ne veut pas, s'y voie forcée par le premier créancier venu ? On ajoute que tel est le caractère habituel des retraits, et l'on cite, comme exemples, le retrait lignager de l'ancien droit et le retrait successoral maintenu par l'article 841.

Nous préférons prendre parti, avec la majorité des auteurs (4), contre cette thèse.

(1) De Folleville, *op. cit.*, I, n. 201 *bis* ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 632 ; Aubry et Rau, *op. cit.* V, § 507, note 98, p. 313 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 335 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 37 *bis*, XV ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 547 ; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit. n. 968.

(2) Fouet de Conflans, *Jurisprudence des successions*, p. 374 ; Glandaz, *Encyclopédie*, v° *Communauté conjugale*, n. 129 ; Odier, *op. cit.*, I, n. 143 ; Troplong, *op. cit.*, I, n. 677, 678 ; Larombière, *Des obligations*, II, art. 1166, n. 14 ; Laurent, *op. cit.*, XVI, n. 428 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 640, note 54, p. 79.

(3) Civ. cass., 14 juill. 1834, S., 34. 1. 533. — Req , 8 mars 1837, S., 37. 1. 331. — Riom, 12 déc. 1883, S., 91. 2. 85, D., 90. 2. 324. — J. Lyon, 26 avril 1893, sous Req., 5 juin 1896, D., 98 1. 68.

(4) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 203 ; Taulier, *op. cit.*, V, p. 65 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 633 ; Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1408, n. 6 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, IV, § 313, texte et note 49, p. 129, 130 ; Demolombe, *op. cit.*,

Le droit d'option, nous venons de le dire, il n'y a qu'un instant, est purement pécuniaire ; en vertu de quelles raisons exceptionnelles serait-il donc exclusivement attaché à la personne de la femme ? C'est un retrait, dit-on, et les retraits ont ce caractère. L'argument est sans valeur. Chaque retrait est fondé sur des motifs particuliers ; ce sont ces motifs seuls, et non le caractère de retrait, qui peuvent empêcher les créanciers d'invoquer l'article 1166 et d'exercer les droits et actions de leur débiteur. Or il existait autrefois des motifs de ce genre à l'égard du retrait lignager. C'eût été chose dérisoire, en effet, d'autoriser un créancier à invoquer le principe de la conservation des biens dans les familles, qui expliquait ce retrait, pour réclamer un immeuble, afin de le faire vendre en justice. De son côté le retrait successoral, destiné à écarter du partage les spéculateurs étrangers, suppose, lui aussi, une appréciation personnelle. Quant au retrait d'indivision, il est fondé sur des raisons très différentes. En fin de compte, il ne suppose pas d'autre appréciation que celle-ci : l'acquisition est-elle bonne à prendre, ou vaut-il mieux la laisser à la communauté ? Est-ce qu'un créancier ne sera pas aisément juge de cette question ? Évidemment oui. Il y a le même intérêt pécuniaire que la femme.

Et puis, cette intervention des créanciers, on ne peut pas la qualifier d'indiscrète ou de tyrannique, puisqu'elle est subordonnée à l'inaction de l'épouse. Celle-ci peut donc écarter d'un mot ses créanciers, en déclarant formellement ne pas vouloir de l'immeuble. Les créanciers seront obligés de s'incliner devant cette renonciation, à moins qu'il ne puissent la faire annuler comme faite en fraude de leurs droits (art. 1167).

457. C. Quelles sont les conséquences légales du droit d'option ?

Nous arrivons ainsi à la dernière étape de notre étude sur le retrait d'indivision.

XXV, n. 90, 91 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 548 ; de Folleville, *op. cit.* I, n. 202 *bis* ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 684 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 684.

Dans notre ordre d'idées nouveau, nous avons à rechercher :

1° La condition juridique de l'immeuble tant que l'option n'est pas exercée ;

2° Les conséquences de l'option dans le sens de la renonciation au droit d'exercer le retrait ;

3° Ce qu'est l'exercice du retrait; ses conditions, ses effets.

Reprenons successivement chacun de ces points.

458. *a. Condition juridique de l'immeuble tant que l'option n'est pas exercée.* La question est de savoir si, provisoirement, l'immeuble constitue un bien propre ou un acquêt.

Cette question n'a pas, toutefois, une très grosse importance pratique. En effet, d'après l'opinion générale, que nous croyons bonne, si la femme opte pour prendre l'opération à son compte, son option aura un effet rétroactif, et, *vice versa*, si elle opte pour le parti contraire, l'immeuble sera censé avoir toujours été un bien commun (1).

Cependant si, grâce à cette rétroactivité, le problème perd beaucoup de son importance, il ne la perd pas toute.

D'autre part, il est possible,— ceci, il est vrai, est peu pratique,— que la femme n'ait pas opté dans le délai de trente ans. Dans ce cas-là, le bien est-il un bien de communauté ou un bien propre? Notre question présente à cet égard de l'intérêt.

D'autre part et surtout, si l'immeuble est, *ab initio*, un conquêt de communauté, la femme, étant admise simplement à retirer ce bien, se trouvera substituée au marché fait par le mari, non pas comme si elle l'avait fait primitivement pour son compte, mais elle le prend dans les termes dans lesquels le mari l'a passé.

D'après l'opinion commune, l'immeuble doit être considéré provisoirement comme un conquêt (2), avec cette restriction que la femme aura le droit d'en empêcher, à titre conservatoire, la vente volontaire ou forcée sous réserve de son droit de retrait.

(1) V. *infra*, I, n. 460 s.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 104, p. 315; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 344 s. ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 37 *bis*

Si la femme renonce à exercer le retrait, l'immeuble reste, à titre de conquêt, dans la communauté. Si au contraire, elle retire l'immeuble, il doit être considéré comme ayant toujours été un bien propre de l'épouse. Et cette expression : *retirer* l'immeuble, *retrait* d'indivision implique d'ailleurs que celui qui exerce le retrait prend pour son compte un contrat fait par autrui.

En résumé, *pendente conditione*, la communauté est propriétaire de l'immeuble sous condition résolutoire, et la femme en est propriétaire sous la condition suspensive qu'elle exercera le retrait.

Cette solution ne nous semble pas susceptible d'un doute sérieux, lorsque l'immeuble a été acquis par le mari seul, pour son compte personnel, ou pour la communauté. Mais nous avons dit que, selon nous, la femme, demeurée étrangère à l'acquisition et n'ayant donné aucun mandat à son mari, a le droit d'opter librement, quand même le mari aurait acheté pour elle (1). Alors prend une certaine consistance la théorie affirmant que, l'acquisition étant faite pour la femme, celle-ci doit être réputée propriétaire jusqu'à ce qu'elle ait déclaré refuser de ratifier cette acquisition (2).

Cette thèse cependant doit être repoussée. Elle ne tendrait à rien moins qu'à nier l'existence du retrait, soit d'une manière générale, soit dans le cas particulier signalé. Le retrait suppose, en effet, l'acte d'une personne dépouillant une autre d'un droit qui lui appartient. Or, il y a retrait, même dans le cas où la femme prend le bien indivis que le mari avait acquis en déclarant agir pour le compte de l'épouse. En effet, il ne suffit point d'une déclaration du mari, passée sans mandat, pour transformer même provi-

VI s.; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 556; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 713 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 713. — Cass., 24 juill. 1860, D., 60. 1. 456. — Nancy, 9 juin 1854, S., 54. 2. 785. D., 55. 2. 251. — Caen, 31 juill. 1858, S., 59. 2. 97. — Bordeaux, 15 mai 1871, D., 71. 2. 237. — Toulouse, 27 janv. 1894. S., 96. 2. 53.

(1) V. *supra*, I, n. 447.

(2) Troplong, *op. cit.*, I, n. 648 s.; Arntz, *op. cit.*, III, n. 607; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 640 note 55, p. 79. — Grenoble, 18 août 1854, S., 55. 2. 9, D., 56. 2, 61. — Civ. rej., 2 déc. 1867, S, 68. 1. 161, D., 67. 1. 469.

soirement en propre de la femme, un bien qui, d'après l'article 1401-3°, est un conquêt. Sans doute, le tiers vendeur pourrait consentir à rester provisoirement propriétaire jusqu'à ce que la femme ait ratifié l'acquisition du mari. Mais, en ce cas, la communauté resterait étrangère à l'opération ; car, ou bien la femme ratifierait, et la condition suspensive à laquelle son acquisition est subordonnée se trouvant réalisée, elle serait réputée avoir toujours été propriétaire; ou bien, à l'inverse, la femme refuserait l'acquisition, et le vendeur serait censé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire. Au surplus, d'ordinaire, le vendeur n'entend pas attendre ainsi le bon plaisir de la femme. Il ne vend que parce que le mari achète purement et simplement, c'est donc la communauté qui se trouve propriétaire, en attendant l'expression de la volonté de l'épouse (1).

459. *b.* Supposons désormais que la *femme exerce son option et déclare ne point vouloir de l'acquisition faite par le mari.*

La situation que nous venons de décrire va se trouver consolidée. L'acquisition a produit un conquêt. Le mari a pu grever l'immeuble de droits réels : hypothèques, servitudes, usufruit; il a pu l'aliéner. Tous ces droits, menacés de résolution comme le droit de la communauté elle-même, deviendront purs et simples. « *L'effet,* dit l'article 1408, *est abandonné à la communauté* (2). ».

Ceci est clair au cas d'une licitation. L'immeuble dont, par exemple, la femme était copropriétaire pour un tiers était impartageable en nature. Il est licité. Le mari s'en rend adjudicataire pour 30,000 francs. La femme déclare ne point vouloir exercer le retrait. L'immeuble sera donc conquêt, et la communauté deviendra « *débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix.* » Dans l'espèce la femme a droit au tiers de ce prix, c'est-à-dire à 10.000 fr.

Le règlement est moins simple si, au lieu d'acheter tout l'immeuble sur licitation, le mari, en supposant trois copro-

(1) V. *supra*, I, n. 458.
(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 612 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 557.

priétaires du bien, a acquis à l'amiable, — soit par un même acte, soit successivement, — des deux autres copropriétaires de la femme, leurs parts indivises ; ou s'il n'a acquis que l'une d'elles. L'épouse déclarant renoncer au retrait doit-elle abandonner à la communauté sa part indivise ? Si elle ne peut y être contrainte, a-t-elle du moins la faculté de faire cet abandon ?

On l'a soutenu. En effet, prétend-on, l'article 1408 dit, dans une formule qui embrasse toutes les hypothèses, que la femme doit abandonner l'effet à la communauté. Il déclare cela, après avoir énuméré les deux cas: *d'acquisition de portion, ou de totalité* de l'immeuble. La femme doit donc abandonner *tout* l'immeuble à la communauté. Et d'ailleurs, ajoute-t-on, c'est le seul moyen d'atteindre le but désiré par le législateur : mettre fin immédiatement à l'indivision (1).

Avec la majorité des interprètes, nous préférons la solution opposée (2). Une lecture attentive de l'article 1408 montre que, si le législateur a embrassé d'abord deux hypothèses, il a été obligé de n'en plus viser qu'une seule, celle de l'acquisition totale, lorsqu'il montre la femme abandonnant *l'effet* à la communauté, et celle-ci *débitrice de la portion du prix appartenant à l'épouse*.

L'autre hypothèse, celle de l'acquisition partielle, n'est donc résolue que d'une manière implicite par les principes qui ressortent de l'article 1408. Or, nous voyons bien ce texte consacrer cette double solution : ou la femme exerce le retrait, ou, à l'inverse, elle laisse l'acquisition à la communauté. Il faudrait quelque chose de plus dans le texte, pour introduire cette autre dérogation au droit commun, à savoir que la femme ne pourrait renoncer au retrait de l'acquisition d'une part indivise, sans faire elle-même l'aban-

(1) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 206; Troplong, *op. cit.*, I, n. 635 ; Babinet, *Revue de droit français et étranger*, 1845, II, p. 705-706.

(2) Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1408. n. 5 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 643 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 100, p. 313-314 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 37 *bis* ; XIV ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 341 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 542 ; Mérignhac, *op., cit.*, I, n. 673-674. et *Rép. gén.* Fuzier-Hermann, v° *Communauté*, n. 673-674.

don de sa propre part. Ceci revient à dire que, dans ce cas, le refus par la femme d'exercer le retrait à son profit autoriserait un retrait contre l'épouse au profit de la communauté. Il est en effet impossible, en présence de l'article 1408, d'admettre cet abandon de sa part à titre de faculté pour la femme sans lui en faire une obligation.

De plus, la solution dépasserait le but. On veut, dit-on, mettre fin sans retard à l'indivision. Mais cette dernière ne cesserait par l'abandon de la part indivise de la femme à la communauté, que si le mari a acheté toutes les autres parts. S'il n'en a acquis qu'une seule, le retrait exercé au profit de la communauté contre l'épouse, et rétorqué contre celle-ci, aurait pour résultat de lui enlever les chances, — qui lui restent comme à tout copropriétaire, — d'avoir une partie ou la totalité de l'immeuble lors du partage. Cela serait une flagrante iniquité.

Et puis, quelles difficultés pratiques ! La communauté, dit-on, paiera la part indivise de l'épouse proportionnellement le même prix qu'elle a payé les autres. Et on ajoute que la femme ne peut pas se plaindre, puisqu'elle n'aurait pas manqué de prendre le marché pour elle, si elle avait trouvé le prix trop faible. On pourrait répondre que l'épouse a pu trouver très peu élevé le prix payé à ses copropriétaires, mais n'avoir pas osé acheter faute d'argent. De plus, supposons que le mari ait payé les autres parts des prix différents : allons-nous donner à la femme un droit au taux le plus élevé? Enfin la femme est-elle obligée de croire les énonciations des actes passés avec les autres copropriétaires? Allons-nous être conduits à faire procéder à des expertises coûteuses?

Le mieux, à notre, avis, est de s'en tenir au texte. Il nous met en présence de cette alternative : ou bien la femme exerce le retrait à son profit, ou les choses restant en l'état, la communauté garde ce qu'elle a acquis. L'épouse conserve à titre de propre ses droits indivis, sans que le mari puisse retourner contre elle l'article 1408 et lui faire subir le retrait d'indivision au profit de la communauté.

460. *c.* Prévoyons enfin *l'exercice du retrait d'indivision.*

La femme exerçant le retrait, quelles vont en être les conséquences.

La première question qui se présente dans cet ordre d'idées est celle-ci : Le retrait est-il une nouvelle transmission de propriété, ou bien l'immeuble dont il s'agit sera-t-il considéré rétroactivement comme ayant toujours été propre à la femme et comme n'ayant pas figuré dans l'actif de la communauté?

Nous avons déjà exprimé notre opinion (1). Pour nous, le retrait d'indivision, — c'est le droit commun en matière de retrait, — a un effet rétroactif. La femme n'a point à acquitter un second droit de mutation. Elle n'a pas besoin de faire transcrire l'expression de sa volonté, pas plus que s'il s'agissait d'un partage.

Un auteur a contesté ce point (2). Il concède que, dans l'hypothèse où le mari a acheté toutes les parts des autres copropriétaires, le retrait exercé par la femme, mettant fin à l'indivision dans ce cas seulement, équivaut à un partage. Alors l'immeuble appartient à l'épouse, libre et exempt de toutes charges aussi bien du chef de ses copropriétaires que du chef de son mari, leur cessionnaire (art. 883). Mais, dans tous les autres cas, le retrait ne serait qu'un rachat sans rétroactivité. Il en serait ainsi, soit quand le mari n'a acheté que quelques-unes des autres parts indivises, soit lorsqu'il a acquis l'immeuble en entier sur licitation.

Les conséquences seraient graves pour la femme. Le retrait serait une seconde acquisition. L'immeuble resterait entre ses mains, grevé de tous les droits constitués par le mari ou qui l'ont atteint de son chef pendant qu'il était dans la communauté. La femme devrait respecter les aliénations totales ou partielles, les hypothèques conventionnelles, légales ou judiciaires. Le droit au retrait serait souvent illusoire. Et le législateur aurait eu la naïveté d'inviter l'épouse à différer son option jusqu'à la fin de la communauté, tout en laissant le mari libre de l'anéantir ou de l'entraver par des aliénations ? Ce n'est pas là ce qu'a voulu l'article 1408. Les tiers

(1) V. *supra*, I, n. 458.
(2) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 348-353.

sont avertis que le droit de la communauté est subordonné à une condition résolutoire. Il est manifeste que, dans les deux cas réglés par notre texte, le bien repris par l'épouse, — forcément dans le premier, facultativement dans le second, — doit l'être à titre de bien propre libre de tout droit du chef de la communauté et du mari.

M. Guillouard (1) oblige toutefois, avec raison, la femme à respecter, dans trois hypothèses, les aliénations ou constitutions de droits réels. Elle les doit respecter : 1° lorsqu'elle y a concouru ; 2° si elle les a ratifiés après coup, et 3° si le contrat de mariage donnait, par extraordinaire, le mandat au mari d'aliéner les biens propres de la femme. Dans cette dernière hypothèse, le mari doit évidemment avoir autant de droits sur les immeubles dont la femme est propriétaire sous condition suspensive et la communauté propriétaire sous condition résolutoire, que sur ceux dont l'épouse a la propriété pure et simple (2).

Quoi qu'il en soit et sous réserve des trois cas que nous venons de mentionner, il faut admettre que, vis-à-vis de son mari et à l'égard des tiers invoquant leurs droits du chef du mari et de la communauté, la femme, exerçant le retrait, est censée avoir directement acquis des personnes avec lesquelles le mari avait traité (3).

461. Une solution de même nature doit-elle être donnée pour régler les rapports de la femme retrayante et de ceux avec qui le mari avait, à l'origine, passé le contrat d'acquisition ? Ce contrat conclu par le mari retrayé va-t-il être effacé ? La femme va-t-elle être exposée à être poursuivie par ceux avec qui le mari avait traité, comme si elle était débitrice directe et personnelle du prix aux lieu et place de son mari libéré de toute obligation ?

Qu'il en soit ainsi, par exception, au cas où le mari a traité

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 559. — V. égal. Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 641 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte p. 315.

(2) Grenoble, 18 août 1854, S. 55. 2. 9, D., 56. 2. 61. — Req., 1er mai 1860, S., 61. 1. 785, D , 60. 1. 511.

(3) Req., 30 juill. 1816, S. chr. — Caen, 31 juill. 1858, S., 59.2.97. — Riom, 20 mai 1839, S., 39.2.513. — Douai, 28 avril 1851, S., 52.2.369. — Grenoble, 18 août 1854 S., 55.2.9, D., 56.2. 61. — Besançon, 20 mars 1850, S., 50.2.445, D., 52.2.287

avec les tiers sous la promesse de ratification de la femme : nous l'admettons.

Mais, dans l'hypothèse habituelle, quand le mari a traité seul et en son nom personnel, le contrat primitif n'est pas effacé par suite de l'exercice du retrait. Le retrait, pour ceux avec qui le retrayé avait passé le contrat, est *res inter alios acta*. Ce contrat intervenu entre eux et le retrayé continue à produire ses effets (1).

Appliquons cette idée. Si la femme qui a exercé le retrait était considérée, par exemple, comme s'étant portée adjudicataire sur licitation de l'immeuble indivis entre elle et ses copropriétaires, le contrat d'acquisition sur licitation passé par le mari seul et en son nom s'effaçant, les copropriétaires de la femme auraient, pour la garantie du paiement du prix d'adjudication, le privilège des copartageants. De plus, dans notre espèce, il n'y aurait pas lieu à résolution pour défaut de paiement de ce même prix, par l'application de l'article 1184. Au contraire, la femme exerçant le retrait et venant prendre la place du retrayé sans que le contrat primitif disparaisse, l'opération reste ce qu'elle avait été à l'origine, c'est-à-dire une vente. Le privilège qui garantit le paiement du prix d'adjudication est le privilège du vendeur. D'autre part, si le prix n'est pas payé, la vente peut être résolue. Les autres colicitants conservent donc sur l'immeuble le privilège du vendeur et l'action résolutoire.

D'un autre côté, les tiers de qui le mari tenait les droits qui font l'objet du retrait, conserveront leur action contre cet époux. Quant à la femme, ils pourront la poursuivre, soit comme commune en biens, à moins qu'elle n'ait renoncé à la communauté, comme un sous-acquéreur dont elle a envers eux toutes les obligations (2).

462. Toutefois, dans ses rapports avec le mari et la communauté, la femme n'en doit pas moins supporter le prix

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 640 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 106, p. 315, 316 ; Guillouard, *op. cit.*, II. n. 560 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 37 *bis*, X.

(2) Civ. cass., 14 nov. 1854, S., 55. 1. 718, D., 55. 1. 132. — Riom, 4 juin 1857, S., 57. 2. 599

aux lieu et place de cette communauté. Si ce prix a été payé à l'aide de deniers communs, elle doit rendre la communauté indemne. Elle devra, par conséquent, récompense du prix en principal et accessoires, c'est-à-dire avec les frais et loyaux coûts du contrat (arg. art. 1699).

Quant aux intérêts du prix, ils doivent être supportés par la communauté comme charge des revenus (art. 1409-3°).

§ II. *Des biens propres mobiliers.*

463. La liste des meubles propres est beaucoup moins longue que celle des propres immobiliers, du moins sous le régime de la communauté légale.

Cependant nous savons déjà (1) qu'il ne faut pas prendre à la lettre la règle d'après laquelle tout le mobilier présent et futur de chaque époux entre en communauté.

Il nous faut grouper, ici, les exceptions qu'elle comporte.

464. *a.* Une première exception nous est signalée par l'article 1401-1°. Il en résulte que restent propres les biens mobiliers qui ont été donnés ou légués sous cette condition.

Il y a tout avantage et nul inconvénient à respecter à cet égard la volonté du disposant. Celui-ci, libre de ne pas donner, doit pouvoir donner comme il l'entend dès que les conditions qu'il impose n'ont rien de contraire à l'ordre public. Or, il n'y a ici aucun intérêt public en jeu. Les créanciers de la communauté sont les premiers intéressés à ce que la libéralité ait lieu. Mais ils savent bien qu'ils n'avaient pas le droit d'y compter et ne peuvent point, par suite, en critiquer les restrictions sous prétexte d'une atteinte à l'immutabilité du contrat de mariage.

De là est née la question suivante : le droit d'exclure ainsi de la communauté légale les meubles donnés ou légués appartient-il au disposant vis-à-vis de son héritier réservataire ?

Il est évident qu'une telle condition peut être valablement apposée à la libéralité dans le contrat de mariage du grati-

(1) V. *supra*, I, n. 253 s.

fié. L'immutabilité des conventions matrimoniales n'existe pas encore, et la clause est valable, considérée même comme une restriction directe à la communauté légale (1).

La question n'existe donc que pour les donations faites durant la communauté et pour les legs. Elle doit, à notre avis, — et c'est celui de la Cour suprême, — être résolue dans le sens de la nullité de la clause. L'héritier tient, en effet, sa réserve de la loi. Il ne la tient point de la volonté du disposant, quelles que soient les déclarations de celui-ci. La réserve doit parvenir libre au réservataire. Il faudra donc, dans un legs adressé à un héritier réservataire, distinguer ce qui représente sa réserve, laquelle lui parvient en réalité par succession *ab intestat*. Modifier les règles d'attribution à la communauté des biens recueillis *ab intestat* serait une atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales (2).

Vainement objecte-t-on que la réserve ne peut pas être rétorquée contre l'héritier réservataire, qui va moins profiter des biens légués s'ils entrent en communauté que s'ils lui demeuraient propres. La réponse découle de l'article 1395. Son conjoint et les tiers créanciers de la communauté avaient un droit acquis à ce que les biens compris dans la réserve ne soient pas détournés au profit de l'époux.

De même, la renonciation qui aurait pour but de faire recueillir lesdits biens, non plus à titre de réserve héréditaire, mais à titre de legs, pourrait être annulée comme une fraude au contrat de mariage et une atteinte à son immutabilité (3).

465. Cette question mise de côté, on s'est aussi demandé si le disposant pourrait exclure de la communauté, même pour la seule jouissance, les meubles par lui donnés ou légués. Pourquoi non, dès qu'il est admis que le principe de la liberté des conventions matrimoniales ne le lie point, en tant qu'il donne des biens disponibles? (4).

(1) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 403 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 20, p. 287 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 277 ; Planiol, *op, cit.*, III, (2e édit.), n. 920. — Civ. cass., 6 mai 1885, S., 85. 1. 289, D. 85. 1. 369.

(2) Civ. cass., 6 mai 1885, S., 85. 1. 289, note Labbé, D., 85. 1. 369.

(3) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 403.

(4) V. *supra*, I, n. 318 s.

Et la clause pourra revêtir deux nuances.

Il peut arriver, d'abord, qu'elle place sous un véritable régime de séparation de biens les objets mobiliers ou immobiliers donnés ou légués à condition que la communauté n'en aura pas la jouissance.

D'autre part, une stipulation moins rigoureuse est possible. Elle est prévue par les articles 1534 et 1549 alinéa 2. Elle permet à la femme de toucher sur ses seules quittances certains revenus pour son entretien et ses besoins personnels (1).

Est-il utile de constater que ni l'une ni l'autre de ces stipulations n'est incompatible avec la puissance maritale et avec les droits du mari comme chef?

466. La volonté du donateur ou du testateur, dans la mesure où elle peut se mouvoir valablement, doit-elle être manifestée en termes exprès?

Quelques interprètes le soutiennent (2). Il suffit, disent-ils, pour s'en persuader, de lire le texte de l'article 1401-1°, déclarant que les meubles donnés ou légués tomberont en communauté « si le donateur n'a *exprimé* le contraire ». Que la volonté du disposant doive apparaître clairement à la lecture de l'acte de donation ou du testament: nous le reconnaissons. Mais on nous concédera bien deux choses. La première, c'est que l'emploi d'aucun terme sacramentel n'est imposé. La seconde, c'est que l'article 1401-1° n'est pas assez explicite, pour déroger, dans l'espèce, au droit commun sur l'expression des volontés. Donc cette volonté est suffisamment exprimée à l'acte si elle y apparaît d'une manière non équivoque, soit par une formule isolée, soit par l'ensemble des clauses de cet acte et la nature du droit constitué ou transmis, par exemple une rente viagère, un capital d'assurance sur la vie (3).

(1) Req., 9 mai 1842. S., 42.1.513. — Nimes, 18 juin 1840, S., 41.2.11. — Paris, 2 mars 1846, S., 46.2.149, D., 46.4.29. — Paris, 27 août 1835, S., 35.2.518. — Toulouse, 20 août 1840, S., 41.2.114. — Paris, 29 mars 1843, *Journal du Palais*, 43.1.487. — V. *infra*, III, n. 1476, 1643.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 276; Labbé, *Note* dans Sirey, 80.1.337.

(3) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 115; Glandaz, v° *Communauté*, n. 22; Marcadé, *op. cit.*, sur les art. 1401 s.; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 544; Guillouard,

467. *b.* Une seconde catégorie de biens meubles qui restent propres, comprend ceux que, d'après leur nature, l'époux n'a pas pu ou est du moins censé n'avoir pas voulu mettre en communauté.

Ainsi, d'abord, tout ce qui est souvenir de famille : portraits de parents, décorations, armes de l'officier, uniforme du soldat, robe du magistrat, cadeaux honorifiques (1) ; les papiers, parmi lesquels nous comprendrons les documents intéressant la famille, son passé, ses alliances ; les brevets, les diplômes ; les manuscrits non encore publiés et dont la publication n'est pas arrêtée, convenue avec un éditeur ou un imprimeur.

En un mot, ne tombent pas en communauté tous les objets mobiliers dont la valeur vénale, souvent insignifiante, s'efface et disparaît devant la valeur morale, tous les objets que l'on ne comprend point dans le partage proprement dit de la succession, soit qu'on les confie à une seule personne considérée comme chef ou représentant de la famille, soit qu'on les répartisse à titre de souvenirs pieux entre les parents et les amis.

Mais les linges, hardes et autres objets à l'usage personnel de chaque époux entrent en communauté, puisque l'article **1492**, alinéa **2**, accorde à la femme renonçante la faveur de les en retirer (2).

468. Quant aux objets que nous venons d'énumérer et qui ne tombent pas en communauté, ils sont parfois insaisissables. Mais nous devons nous garder de dire que tout ce qui est *insaisissable* est en dehors de l'actif commun. Nous ne devons en exclure, en principe, que le mobilier *incessible*. C'est, en effet, en vertu d'une cession tacite, présumée par

op. cit., I, n. 401. — Req. 10 nov. 1879, S., 80. 1. 337, D., 80. 1. 175. — Gand, 11 fév. 1882. S., 82.4.40; Montpellier, 25 nov. 1901, S., 1902 2. 47. — Req. 19 avril 1904, *G. Pal.*, 1904.2.269 ; S., 05. 1. 181 (stipulation d'incessibilité, même nulle en vertu de l'art. 900).

(1) Bastia, 26 fév. 1840, S , 40.2.121.

(2) Guy Coquille, *Institution au droit français, Des droits de mariés* (*Œuvres*, II, p. 63, édit.. 1702) ; Jacquet, *Commentaire de la coutume de Touraine*, II, p. 311 s., sur l'art. 307 ; Cottereau, *Le droit général de la France. Droit, particulier à la Touraine et au Loudunois*, II, p. 157, n. 9183 s.; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 383. — V. *infra*, II, n. 1251.

le législateur, que les meubles entrent dans la communauté (1).

Seront donc exclues de la communauté : les pensions alimentaires données ou léguées, si elles l'ont été avec déclaration d'incessibilité (2), les pensions alimentaires dues en vertu de la loi, qu'elles aient été fixées en justice ou à l'amiable, même par testament, les rentes allouées par l'article 3 de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents dont les ouvriers peuvent être les victimes dans leur travail (3).

Toutes ces pensions ou rentes ont un titre intransmissible inhérent à la personne du créancier. La communauté aura droit seulement aux arrérages échus pendant sa durée (4).

Ces principes régissent aussi les pensions de retraites civiles ou militaires, les traitements de la Légion d'honneur, les dotations incessibles, etc...

C'est ainsi que, pour les pensions de la Caisse des retraites pour la vieillesse, il résulte de l'article 4 de la loi du 18 juin 1850 et de l'article 13, troisième alinéa de la loi du 20 juillet 1886 que : « *Le versement opéré antérieurement au mariage reste propre à celui qui l'a fait.* » Puis l'alinéa 5 du texte ajoute que : « *Le versement fait pendant le mariage par chacun des deux conjoints profite séparément à chacun pour moitié* (5). »

(1) Rappr. *supra*, I, n. 276.

(2) Cpr. Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 426 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 18, p. 286 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 564-2° ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 390, Planiol, *op. cit.*, III, (2e édit.), n. 921.

(3) On en peut rapprocher notamment l'art. 12 de la loi du 21 avril 1893 sur la création d'une caisse de prévoyance entre les marins français contre les risques et accidents de leur profession.

(4) Alger, 11 mars 1835, S., 87. 2. 59, D., 85. 2. 222. On a proposé, dans l'intérêt de la conservation des salaires de la femme, d'exclure de la communauté les salaires des époux, dans la mesure où ils sont déclarés incessibles (8/10) par l'art. 2 de la loi du 12 janvier 1895. Quelque désirable que soit cette solution, il paraît difficile que la jurisprudence s'engage dans cette voie en présence de l'art. 3 de cette loi de 1895, aux termes duquel : « Les cessions et saisies faites pour le paiement des dettes alimentaires prévues par les art 203... 214 C. civ. ne sont pas soumises aux restrictions qui précèdent. » Les salaires qui sont la principale, sinon l'unique ressource alimentaire d'un grand nombre de ménages ne sont-ils pas, dès lors, cessibles entre époux? V. cependant et rapprocher Thaller, *Réforme sociale*, 1er oct. 1901; Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n° 911 et note.

(5) V. *infra*, I, n. 636 et 852. Rapprocher loi du 1er avril 1898 sur les sociétés

469. Il est intéressant de remarquer, en passant, que les pensions accordées aux blessés de juillet par la loi du 30 août 1830 sont cessibles et entrent en communauté, tandis que, en raison de leur incessibilité résultant de la loi du 30 juillet 1881, les pensions que cette loi attribue aux victimes du coup d'État du 2 décembre 1851 en sont exclues.

On peut dire, en principe, que toutes les valeurs mobilières *incessibles* même entre les époux, restent propres à chacun d'eux ; mais qu'il n'en est pas de même des biens, — comme les rentes sur l'État, — qui sont *insaisissables sans être incessibles.*

470. En règle générale, les dommages et intérêts obtenus par l'un des époux pendant la communauté tombent dans l'actif commun, car il s'agit là d'une dette de somme d'argent, valeur essentiellement mobilière.

Ces dommages et intérêts resteront propres par exception, quand ils seront la réparation d'un préjudice causé à un bien propre. Ceci est la conséquence d'une règle que nous allons bientôt étudier (1). Sont propres, en effet, les objets mobiliers substitués à la totalité ou à une partie d'un bien propre.

On serait tenté de soutenir qu'il en doit être de même de l'indemnité obtenue en réparation du tort causé à la personne physique de l'un des époux ou à sa réputation. La personne lésée n'est-elle pas, autant que les biens propres, en dehors de la communauté ? Cependant on considère en général que ces dommages et intérêts appartiennent à la communauté. C'est elle, dit-on, qui, devant recueillir les produits de leur travail et de leur industrie, souffre finalement de tout ce qui restreint l'activité physique ou intellectuelle des époux.

Il nous semble qu'il faut laisser à ce sujet aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation. En fait, ils devront examiner si les dommages et intérêts sont dus à la communauté ou personnellement à l'époux. En vertu de quel principe leur contesterions-nous le droit, par exemple, d'accorder à la femme, victime d'un accident, une rente viagère dont la com-

de secours mutuels (art. 12) et loi du 3 fév. 1902 sur les sociétés de prévoyance (art. 3).

(1) V. *infra*, I, n. 474 s.

munauté garderait seulement les arrérages échus pendant sa durée et que l'épouse reprendrait comme propre si elle survivait à la communauté ? Ce que nous venons de dire d'une indemnité allouée sous forme de rente viagère doit être vrai des dommages et intérêts consistant en un capital dont il suffirait que la communauté eût la jouissance. Comprendrait-on que la femme renonçante dût toujours abandonner ce capital aux héritiers du mari ou aux créanciers de la communauté ? Serait-il logique que les tribunaux, après avoir constaté que les blessures ont causé à la victime une infirmité incurable, ne pussent lui donner le droit de réclamer comme propre, — au moins si elle survit à la communauté, — le capital qui lui aura été alloué à titre de dommages et intérêts ? De quel droit limiterions-nous, dans une matière aussi complexe, la liberté d'appréciation des juges du fait (1)?

Nous sommes d'ailleurs entraînés d'autant mieux à souscrire à cette solution que nous y sommes invités par l'article 3 de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents dont les ouvriers peuvent être les victimes dans leur travail (2). Cet article 3 décide, en effet, que les rentes constituées en vertu de la présente loi sont incessibles et insaisissables. Elles restent donc propres à ceux qui sont appelés à en profiter, sauf à la communauté à avoir droit aux arrérages qu'elles procurent. Mais l'indemnité journalière, égale à la moitié de salaire touché au moment de l'accident, due si l'incapacité temporaire de travail a duré plus de quatre jours (et partant du 1er ou du 5e), tombe, au contraire, dans la communauté légale. Dans cette mesure, il est tout à fait vrai de dire que la communauté souffre de l'accident en tant que celui-ci vient restreindre l'activité physique ou intellectuelle de l'ouvrier.

471. Les principes ainsi dégagés vont nous permettre de résoudre plus aisément une question spéciale. Les dommages et intérêts auxquels le mari a fait condamner, avant la dis-

(1) Rapp. Req., 23 fév. 1897, D., 98. 1. 121, *G. Pal.* 97. 1. 525 et Rép. périod., Garnier, n. 9330. — V. *infra*, II, n. 1291 note.

(2) Ce texte a été modifié sur divers points par la loi du 31 mars 1905. — Rapp. l'art. 12 de la loi du 21 avril 1898, sur la création d'une caisse de prévoyance entre les marins français contre les risques et accidents de leur profession.

solution de la communauté, — ou même après cette dissolution, mais pour des faits antérieurs, — le complice de sa femme adultère, tombent-ils dans la communauté ou appartiennent-ils en propre à l'époux ?

Il est inutile d'insister sur le côté moral de la question et sur ce qu'aurait de révoltant la réclamation de la femme, demandant sa part de ces dommages et intérêts omis dans la liquidation, soit parce que le tribunal n'avait pas encore définitivement statué, soit parce que le notaire les a laissés volontairement ou involontairement en dehors de l'actif social. Aussi, le problème est alors esquivé plutôt que résolu, la femme ne pouvant réclamer en justice le prix de sa turpitude.

La question se pose nettement, au contraire, si le notaire a cru devoir faire figurer la créance dans l'actif de la communauté. On a essayé de soutenir que cette solution était la seule juridique, que le déshonneur du mari ne causait finalement de préjudice qu'à la communauté. Cette thèse nous paraît fausse en droit comme en fait. Est-il possible, en effet, de soutenir sérieusement que le mari n'éprouve aucun préjudice? N'est-ce pas surtout d'un préjudice moral qu'il s'agit? Et ne prît-on, dans l'espèce, en considération que le dommage pécuniaire s'il en existe, comment admettre que le mari n'en est pas la victime? On nous répondra, peut-être, que le mari n'est atteint que pour sa part dans la communauté sur laquelle tout le préjudice retombe. Mais c'est bien mal comprendre, dans l'espèce, la mission des tribunaux. La communauté, c'est le mari et la femme. Or, s'imagine-t-on que les dommages-intérêts soient alloués pour une partie à la femme elle-même? Dans la fixation de l'indemnité pécuniaire, les tribunaux ne prendront en considération que le tort causé au mari, qui, — nous devons le supposer, — n'a formé de demande qu'en son nom personnel et nullement comme chef de la communauté. Les juges auraient statué *ultra petita*, s'ils avaient accordé autre chose au mari que des dommages et intérêts exclusivement personnels (1).

(1) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 391; Vigié, *op. cit.*, III, n. 140, — Rennes, 22 fév.

472. *c.* Forment également des propres mobiliers sous la communauté légale toutes les choses mobilières qui proviennent des biens propres sans avoir le caractère de fruits.

Le principe est consacré par l'article 1403, qui en fait plusieurs applications.

La communauté, nous dit ce texte, — nous en avons ailleurs transcrit la disposition (1), — n'a droit aux coupes de bois et aux produits des carrières que s'ils ont, vis-à-vis d'elle, le caractère de fruits. En effet la communauté, comme tout autre usufruitier, n'a pas le droit de changer la destination des immeubles, d'exploiter en carrière un terrain qui n'y était pas déjà destiné au moment du mariage. De même, la communauté n'a pas le droit d'anticiper les coupes de bois au préjudice de l'époux nu propriétaire ou d'exploiter des hautes futaies non aménagées.

Ce principe doit être généralisé.

Resteront également des biens propres, les matériaux provenant de la démolition d'un bâtiment appartenant en propre à l'un des époux.

Si ces matériaux, coupes de bois, etc., ont été aliénés, employés, consommés durant la communauté, celle-ci devra récompense de leur valeur (art. 1403). S'ils ont été conservés, l'époux en sera propriétaire. Il les reprendra en nature.

En étudiant la théorie des récompenses, nous verrons si la communauté ne doit point, sinon au mari, du moins à la femme, une récompense en raison de la dépréciation de l'immeuble, déduction faite de la valeur des matériaux existant à la dissolution de la communauté (2).

473. Nous avons mis, au rang des biens communs, les droits de l'époux sur un trésor trouvé dans son immeuble propre. Mais nous devons reconnaître que, d'après une opinion qui s'autorise de Pothier (3), la moitié du trésor attribuée au propriétaire du sol lui serait propre, sinon comme une partie

1863 et Civ. rej., 5 fév. 1873, S., 73. 1. 289 (note de Labbé, D., 73.1. 209 (note contraire).

(1) V. *supra*, I, n. 299 et 300.

(2) V. *infra*, I, n. 830.

(3) Pothier, *Tr. de la comm.*, n. 96, 97 et 98.

intégrante ou une fraction du sol, du moins comme un avantage provenant de ce sol. Pour nous, il n'y a là qu'un don de fortune, recueilli, il est vrai, à l'occasion de la propriété du sol dans lequel le trésor était enfoui (1).

474. *d.* Constituent également des propres sous le régime de la communauté légale, les meubles substitués à des biens personnels au cours de cette communauté, par exemple, par voie d'échange avec des meubles ou des immeubles propres. Le principe de l'article 1407 doit, en effet, être généralisé. Cette solution ne saurait soulever aucun doute (2). D'autre part, nous nous sommes expliqués déjà sur la possibilité du remploi même d'un immeuble en valeurs mobilières (3). Nous n'y reviendrons pas.

Chaque époux conserve, en définitive, à titre de propres, non seulement tous les produits de ses biens personnels qui ne sont pas des fruits, en un mot tout ce qui a été partie intégrante ou constitutive du bien propre et qui en a été matériellement détaché, mais encore tout ce qui, sans être un fruit, provient juridiquement de son bien personnel et en est la représentation partielle ou totale. S'il n'en était pas ainsi, la communauté s'enrichirait au détriment de l'époux dont le propre a disparu ou reste amoindri entre ses mains.

L'article 1433 fait une remarquable application de ce principe. Un immeuble propre à l'un des époux a été vendu. Le prix en est encore dû à la dissolution de la communauté. L'époux prélèvera, à titre de propriétaire, la créance de ce prix et les garanties accessoires, privilège du vendeur et action résolutoire. La créance du prix est donc subrogée à l'immeuble et devient propre à sa place (4), de même qu'y est subrogé le bien acquis en contre-échange ou en remploi.

475. Constituera aussi un propre, la soulte provenant d'un

(1) V. *supra*, I. n. 285.

(2) V. *supra*, I, n. 371 à 374.

(3) V. *supra*. I, n. 386.

(4) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 99 ; Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1408, n. 8-2° ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 539 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 23, p. 288 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 395 ; Planiol. *op. cit.*, III (2e édit.), n° 922. — V. également Riom, 3 avril 1897, *Gaz. Pal.*, 2-3 mai 1897.

échange (1), la soulte d'un partage (2) et la part de l'époux dans le prix de licitation d'immeubles propres (3).

476. Sera propre le supplément du juste prix que le tiers acquéreur paye à l'époux pour conserver l'immeuble dont la vente était rescindable pour cause de lésion de plus des sept douzièmes (4).

477. Dans l'hypothèse inverse, l'époux acquéreur de l'immeuble devrait, semble-t-il, laisser à la communauté le prix qui lui a été restitué s'il a subi la rescision de la vente entachée de lésion. Pourtant cette opinion adoptée par Pothier (5), est généralement répudiée. Ayant la faculté d'empêcher la rescision en versant un supplément de prix, le conjoint a, en effet, volontairement laissé transformer son droit immobilier en une somme d'argent. Il n'a pas pu enrichir la communauté par son fait ou son abstention (6).

478. Ce que nous venons de dire du supplément du juste prix en matière de lésion dans la vente, est également vrai du supplément de part fourni en numéraire pour empêcher la rescision d'un partage lésionnaire d'immeubles.

479. L'indemnité que procure, en cas de sinistre, un contrat d'assurance contre l'incendie, est-elle propre à l'époux propriétaire de l'immeuble assuré ? On n'a pas éprouvé ici les mêmes scrupules qu'en matière hypothécaire, et l'affirmative est admise sans hésitation (7). Voici les deux situations

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 540.

(2) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 100; Renusson, *De la Communauté*, part. I, chap. III, n. 16; Lebrun, *Communauté*, liv. I, chap. V, sect. I, distinction, I, n. 11 ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 118 ; Toullier, *op. cit.*, XII, n. 118; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 539 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 23, p. 288 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 396. Planiol, *op cit.*, III (2e édit.) n. 922. — V. *supra* I, n. 266.

(3) Bordeaux, 9 déc. 1846, S., 47. 2 414, D., 47. 4. 418.

(4) Pothier, *Traité de la Communauté*, n. 598 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 24, p. 288 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 564-5° ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 397.

(5) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 598.

(6) Troplong, *op. cit.*, I, n. 445 ; Rodière et Pont, *op. cit* , I, n. 520 et 542 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 25, p. 288 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 284 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 398.

(7) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 538; Aubry et Rau, *op. cit.*. V, § 507, texte et note 23, p. 288 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 285 ; Guillouard. *op. cit.*, I,

qui peuvent se présenter dans cet ordre d'idées. Ou bien l'assurance a été contractée par l'époux lui-même, et il est créancier de l'indemnité en vertu du contrat d'assurance, sans avoir à payer une récompense à la communauté pour les primes soldées. Ces primes font partie du passif commun (art. 1409-3° et 4°). Ou bien l'assurance a été contractée par le mari, chef de la communauté. Dans ce cas, le doute qui pourrait s'élever à l'égard des propres de la femme disparaît, si l'on observe que le mari, administrateur des biens propres de l'épouse (art. 1428), devait faire tous les actes conservatoires, et que la communauté devait supporter, ainsi que nous venons de le constater, les primes ou cotisations d'assurances.

480. Une remarque importante doit être encore présentée sur les conséquences de l'usufruit de la communauté à l'égard des propres mobiliers.

Tous les meubles ne sont pas susceptibles d'un véritable usufruit laissant subsister le droit réel du nu propriétaire. Les choses qui se consomment par le premier usage ne peuvent, dans les relations du nu propriétaire et de l'usufruitier, être considérées que comme des choses fongibles. Obliger l'usufruitier à les conserver et à les restituer *in specie* comme corps certains, eût été supprimer toute jouissance de cette sorte de biens. Il ne sera tenu de les rendre que par équivalent, soit en choses de même nature, qualité et quantité ; soit en valeur pécuniaire égale, si elles ont été estimées (art. 587).

On dit alors que le propre mobilier est un *propre imparfait*. Il se ramène à une créance contre la communauté.

Les *propres parfaits* sont, au contraire, ceux dont la restitution doit avoir lieu en nature. Nous aurons l'occasion d'insister sur cette distinction des propres mobiliers, lorsque nous étudierons les clauses de réalisation. Nous verrons

n. 339. Planiol, *op. cit.*, III, (2e édit.) n. 922. — Bordeaux, 19 mars 1857, S., 57. 2. 534, D., 58. 2. 61. Si le sinistre atteignait un conquêt de communauté, l'indemnité tomberait naturellement dans la caisse commune. — Nancy, 30 mai 1856, S., 56. 2. 617, D., 56 2. 252.

que l'ancien droit n'avait d'abord admis que des propres mobiliers imparfaits (1).

Bornons-nous, pour le moment, à constater que les propres mobiliers sont, d'après le code civil, des propres parfaits aussi souvent que leur nature le permet, à moins que la convention des parties n'y mette obstacle.

Seront donc des propres imparfaits sous la communauté légale :

1° Les biens mobiliers qui, se consommant par le premier usage, ne peuvent être l'objet que d'un quasi-usufruit (article 587) ;

2° Les biens mobiliers donnés ou légués à l'un des époux, sous la condition qu'ils seront exclus de la communauté, mais que le conjoint n'en exercera la reprise que par équivalent ou d'après leur estimation ;

3° Les objets mobiliers estimés dans le contrat de mariage, sans qu'il soit ajouté que leur estimation n'en vaut pas vente ou que, par exemple, elle n'est faite que pour l'enregistrement du contrat (arg. art. 1851 et 1551 C. civ.) (2) ;

4° Notons, enfin, que la clause de réalisation des meubles dans une communauté conventionnelle peut accorder au conjoint le droit de reprendre seulement une somme d'argent (art. 1503) (3).

481. La différence entre les propres mobiliers parfaits et les propres mobiliers imparfaits est grande. La communauté, usufruitière des premiers, a la propriété des seconds avec toutes les conséquences de ce droit. Elle en supporte les risques, tandis que, par exemple, la femme subira, au contraire, les suites de l'insolvabilité du débiteur d'une créance dont la communauté n'a que l'usufruit. Alors que les créanciers de la communauté ou du mari peuvent saisir le propre imparfait de l'épouse, ces créanciers sont sans action sur son propre parfait. La distinction est encore importante quand il s'agit de déterminer les pouvoirs du mari. Il a sur les propres

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 325 et note Bugnet. — V. *infra*, II, n. 1235 s. ; spécialement n. 1299 s.

(2) V. *infra*, I, n. 759 et III, n. 1604 s.

(3) V. *infra*, II, n. 1342 s.

imparfaits les pouvoirs que l'article 1421 lui accorde sur les biens communs ; ses pouvoirs sur les propres parfaits sont réglés par l'article 1428 (1).

482. *c.* Nous venons de dresser dans les explications précédentes la liste des propres mobiliers sous le régime de la communauté légale. Cette liste, observons-le, doit être complétée par les explications précédemment fournies, spécialement à l'occasion du contrat de constitution de rente viagère et du contrat d'assurance sur la vie dans leur rapports avec la communauté (2).

SECTION III

PREUVE DE LA QUALITÉ DES BIENS DANS LES RAPPORTS DES ÉPOUX AVEC LA COMMUNAUTÉ

483. Nous connaissons désormais la composition de chacun des patrimoines dont la communauté suppose l'existence.

Que va-t-il arriver si l'un des époux soutient que tel bien lui est propre, l'autre prétendant qu'il est conquêt. Lequel des deux conjoints devra prouver sa prétention ?

La règle à poser à ce sujet est la suivante : Sous le régime de la communauté, tout bien meuble ou immeuble est présumé acquêt jusqu'à la preuve du contraire.

« Tous biens sont réputés acquêts s'il n'appert du contraire », disait jadis Loysel (3).

Ce même principe est écrit dans l'article 1402, ainsi conçu : « *Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, « s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété « ou possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il « lui est échu depuis à titre de succession ou donation.* »

Ce que la loi dit ainsi des immeubles, au point de vue de la preuve de leur qualité, doit être, sans hésitation, étendu

(1) V. *infra*, I, n. 639 s. — Cpr. I, n. 709 s.
(2) V. *supra*, 1, n. 279 s., 283.
(3) Loysel, *Institutes coutumières*, édition Laboulaye, maxime 222 (I, p. 236).

aux meubles (1). D'abord l'article 1402 fournit, en ce sens, un argument *à fortiori*. Puisque le législateur admet la présomption à l'égard des immeubles, plus fréquemment exclus de la communauté que les meubles, et cela malgré le principe de la conservation des biens dans les familles : elle ne saurait être douteuse à l'égard des meubles, jadis confondus avec les acquêts.

D'autres arguments se tirent de l'article 1401, qui aurait suffi à établir la règle, même à l'égard des immeubles. Ce texte ne dit-il pas, en effet, que tous les immeubles acquis pendant le mariage tombent, sauf exception, dans la communauté (art. 1401-3°) ? Aussi, notons-le, l'article 1402 semble avoir été fait principalement pour généraliser la présomption et l'étendre aux immeubles possédés lors du mariage.

Pareille extension de la règle était inutile à l'égard des meubles, puisque, d'après l'article 1401-1°, en général, et sauf de très rares exceptions, tout le mobilier présent entre en communauté aussi bien que le mobilier futur.

L'article 1401 nous fournit encore un autre argument décisif. On peut le tirer du deuxième alinéa de ce texte. Le mari détient tous les biens en qualité de chef de la communauté, usufruitière de ceux dont elle n'est pas propriétaire. A la dissolution de la communauté les réclamations doivent donc se faire comme au décès d'un usufruitier : c'est-à-dire que c'est à ceux qui réclament en qualité de nu propriétaires à prouver que la communauté leur doit. En fait, d'ailleurs, comme le disait Pothier (2), le bien sur lequel aucun des deux époux ne peut justifier de sa propriété ne saurait passer pour le propre d'aucun d'eux. On ne peut le considérer que comme un acquêt (3).

(1) Civ. cass., 22 mars 1853, S., 55. 1. 246, D., 53. 1. 102. — Paris, 13 janv. 1854, S., 54, 2. 209, D., 54. 2. 93.

(2) Pothier, *Traité de la communauté*, n. 203. — V. également Lebrun. *Des successions*, liv. II, chap. I, sect. I, n. 2; Renusson, *Traité des propres*, chap. I, sect. IV et XIII.

(3) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 172 ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 169 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 514 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 562 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 563.

484. Toutefois la présomption formulée par l'article 1402 et confirmée par l'article 1401 ne doit pas être exagérée. Elle suppose la question de propriété posée entre les époux ou leurs héritiers et réduite à ces seuls termes : le bien dont il s'agit est-il un propre ou un conquêt de communauté ?

Mais l'article 1402 est étranger au débat susceptible de s'élever entre les époux ou le survivant d'entre eux et les tiers. Ainsi le conjoint qui peut se contenter, vis-à-vis de la communauté, de justifier d'une possession *animo domini*, ne fût-elle que de quelques jours antérieure au mariage, ne peut opposer aux tiers qu'une possession annale. Il devient demandeur si ceux-ci justifiant d'une possession suffisante, ont les présomptions de droit commun en leur faveur.

Ceci serait également vrai, en matière mobilière, en ce sens que le juge attribuera le rôle de défendeur à celui qui a, en sa faveur, une présomption de droit commun.

485. La présomption de l'article 1402 ne peut pas davantage être invoquée contre l'époux survivant, qui pourra avoir acquis le bien dont il s'agit depuis la dissolution de la communauté même non encore liquidée.

Il a acquis à ses risques et périls, sauf, s'il a payé, à mettre à son compte d'administration les sommes ainsi employées (1).

486. Quant aux modes de preuve que le conjoint ou ses héritiers peuvent invoquer pour établir que le bien est propre, le législateur ne les a point déterminés au titre *Du Contrat de mariage*. Il les a donc laissés sous l'empire du droit commun.

Tantôt le juge devra exiger une preuve écrite. Par exemple, le conjoint revendiquant comme propres des meubles qui lui auraient été légués en cette qualité, doit présenter le testament ou un extrait authentique, contenant la clause qui a dérogé à la règle suivant laquelle tout le mobilier entre en communauté.

En matière de communauté conventionnelle, il faudra

(1) Troplong, *op. cit.*, I, n. 517; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 515; Laurent *op. cit.*, XXI, n. 274; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 565. — Req., 14 fév. 1816, S. chr. — V. *infra*, II, n. 1065, s., spécialement II, n. 1071.

représenter le contrat de mariage, dans lequel se trouve écrite la clause de réalisation des meubles dont il s'agit.

La preuve à l'égard des meubles donnés à la condition qu'ils resteront propres supposera, en général, la production de l'acte de donation (art. 948). Cependant, s'il s'agit d'un don manuel, — surtout de meubles valant moins de 150 francs — la preuve pourra se faire par témoins et par présomptions.

A l'égard des immeubles, le conjoint devra, en général, produire un écrit: acte de donation, acte de vente, acte de partage, testament, etc... Toutefois, au-dessous de 150 francs, la preuve testimoniale et par présomptions est admissible.

D'autre part, si l'époux se contente d'offrir de justifier qu'il avait la possession de l'immeuble à titre de propriétaire au moment du mariage, témoignages et présomptions seront admissibles pour établir le fait de la possession.

On devrait également se contenter d'une preuve par témoins ou par présomptions, établissant que le *de cujus* possédait le bien à titre de propriétaire, quand le conjoint, devenu son héritier durant le mariage, revendique plus tard ce bien comme lui appartenant en propre.

Il va sans dire, aussi, que l'aveu de l'autre conjoint ou de ses héritiers est une preuve suffisante contre eux (1).

487. Il faut prendre garde que toute cette théorie de la preuve était d'ailleurs nettement dégagée déjà dans notre ancien droit français (2).

SECTION IV

DU PASSIF DE LA COMMUNAUTÉ ET DES ACTIONS QUI EN RÉSULTENT CONTRE LA COMMUNAUTÉ

488. Bien que la communauté ne soit pas une personne civile, elle a, comme toute société, un fonds commun com-

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 516; Guillouard, *op. cit*, II, n. 564. — Req., 29 déc. 1836, S. 37. 1. 437.

(2) Pothier, *Tr. de la communauté*, n. 203; Renusson, *Des propres*, ch. I, sect. IV et XIII; Lebrun, *Des successions*, liv. II, ch. I sect. I, n. 2; Valin, *Coutume de la Rochelle* art. 46, § 2, n. 64 s.; Duparc-Poullain, *Principes du dr. français*, V, n. 104 s. — Nous retrouverons cette théorie de la preuve *infra* II, n. 1077 et 1301 s.

prenant un actif et un passif distincts de l'actif et du passif propres à chaque époux. Nous allons donc, comme s'il existait réellement trois patrimoines, tracer les règles à l'aide desquelles on différencie les dettes communes des dettes personnelles du mari ou de la femme.

Parmi les dettes de la communauté, les unes forment son passif définitif, les autres ne sont que provisoirement à sa charge. La communauté est seulement exposée à faire l'avance de ces dernières pour celui des époux à qui elles sont propres. Celui-ci devra les lui rembourser. Cette théorie ressemble à celle de l'obligation et de la contribution aux dettes en matière de succession.

Aussi faut-il distinguer, parmi les dettes de la communauté, celles qu'elle supporte définitivement et qui constituent seules son véritable passif, de celles qu'elle ne paye que sauf récompense (1).

Mais, à notre avis, voici la division fondamentale du passif de la communauté légale (2) :

Un premier groupe de dettes comprend celles que l'article 1409 n'énumère qu'à la fin de son texte dans les numéros 3, 4 et 5. Avant tout, la communauté doit subvenir aux charges du ménage. D'autre part, puisqu'elle prend tous les revenus des époux, elle doit supporter toutes les charges de ces revenus ainsi que le fait un usufruitier. Ceci est le passif essentiel de toute communauté (3), par conséquent, de celle qui est le plus fréquemment stipulée par contrat de mariage, la communauté ou la société d'acquêts (art. 1409-3°, 4°, 5° et 1420).

Le second groupe de dettes de la communauté légale, c'est-à-dire d'une communauté de tous les meubles et acquêts, comprend les dettes mobilières existant lors de la célébration du mariage à la charge de l'un ou l'autre con-

(1) Cpr. Pothier, *Communauté*, n. 233 s., et surtout n. 239.

(2) La division que nous allons donner n'est pas sans analogie avec celle que présentait jadis Pothier. Il distinguait, en effet, dans le passif : d'une part les dettes de chacun des conjoints, et, d'autre part, les dettes de la communauté. — V. Pothier, *Communauté*, 1re partie, chap. II, section II.

(3) Nous verrons dans quelle mesure cela est vrai dans la communauté réduite aux acquêts immeubles, dont la validité est admise en jurisprudence. — V. *infra*, II, n. 1322.

joint, c'est-à-dire tout le passif mobilier antérieur à cette célébration (art. 1409-1° et 1410).

Nous rangerons dans une troisième catégorie les dettes des successions mobilières et de la partie mobilière des successions mixtes, — c'est-à-dire comprenant tout à la fois des meubles et des immeubles, — échues, durant la communauté, à l'un ou à l'autre des époux. Il faut assimiler à ces dettes celles qui grèvent les donations ou les legs de meubles (art. 1409-1°, 1411 à 1417 et 1418).

Enfin, une quatrième et dernière classe se compose de toutes les dettes contractées par le mari ou par la femme au cours de la communauté, sauf certaines restrictions que nous aurons à préciser (art. 1409-2°, 1419, 1424 à 1427 et 1431).

Sur chacune de ces espèces de dettes,—dont nous allons parler dans un paragraphe distinct de notre section, — nous devons étudier,séparément,le droit de poursuite des créanciers et la contribution ou détermination exacte du patrimoine qui doit supporter définitivement la dette.

Toutefois, nous devons, dès maintenant, formuler une règle qui domine tout ce sujet. La voici : Quiconque est créancier du mari ou de la communauté a le droit, tant que dure cette communauté, de poursuivre le recouvrement de sa créance sur les biens du mari ou de la communauté sans aucune distinction, comme s'ils ne formaient aux yeux des tiers qu'un seul patrimoine. C'est là une conséquence du défaut de personnalité de la communauté et de l'omnipotence traditionnelle accordée au mari sur les biens communs.

Nous insisterons davantage sur ce point, et,en général, sur la détermination des biens soumis à l'action des créanciers, quand nous étudierons les dettes contractées par le mari ou par la femme pendant la communauté (1).

(1) V. *infra*, I, n. 583 s.

§ I. *Charges usufructuaires et charges du ménage*

489. Subvenir aux dépenses communes : tel est le premier but de la communauté. Le second est de réaliser, autant qu'il est possible, des économies et d'améliorer ainsi la situation pécuniaire de la famille.

490. Mais d'abord, il faut vivre. Les époux ont à faire face aux dépenses de logement, de nourriture et d'entretien pour eux-mêmes et pour tous les membres de la famille. Ces dépenses comprennent, cela est évident, l'éducation des enfants. On a dit, d'une façon expressive, que ce sont là des dettes naturelles de la communauté. En règle générale, d'après nos mœurs, ces charges incombent au mari, chef du ménage, seul responsable de ces dépenses vis-à-vis des tiers. Mais, sous le régime de la communauté, le fonds commun est précisément constitué avec une affectation spéciale à ce but, entre les mains du mari qui en est le maître à peu près absolu.

Ces mille dépenses courantes sont d'ordinaire couvertes avec les revenus des biens et avec les produits du travail. La communauté qui doit subvenir à toutes ces dépenses, acquiert, en effet, tous ces produits et revenus. Elle devra, par voie de conséquence, supporter toutes les autres charges habituelles des revenus, comme un usufruitier.

Cette théorie a inspiré la fin de l'article 1409, indiquant le passif en quelque sorte essentiel et primordial de toute communauté dans les termes que voici : « *La communauté se « compose passivement.... : 3° des arrérages et intérêts seulement des rentes ou dettes passives qui sont personnelles aux « deux époux ; 4° des réparations usufructuaires des immeubles qui n'entrent point en communauté ; 5° des aliments « des époux, de l'éducation et entretien des enfants et de « toute autre charge du mariage.* »

En somme, toute communauté est grevée des charges usufructuaires de tous les biens propres dont elle a la jouissance et de toutes les charges du ménage.

491. *a.* Parlons d'abord des charges usufructuaires.

Sans être un véritable usufruit, le droit de jouissance de la

communauté a en principe la même étendue (article 1403, 1409-3° et 4°), tout en donnant lieu à des règlements réciproques plus méticuleux (1).

492. Indiquons d'abord les ressemblances.

La communauté devra les intérêts des dettes ou les arrérages des rentes restées en capital à la charge des époux, ce qui sera la règle si la communauté est réduite aux acquêts (2). L'article 1409-3° consacre à nouveau sur ce point le principe écrit déjà dans l'article 612 (3).

Malgré le silence de l'article 1409, nous devons également faire supporter par la communauté, en vertu de l'article 613, les frais des procès concernant la jouissance des propres et les charges annuelles des biens, telles que les impôts (art. 608).

Il est évident aussi que la communauté doit acquitter définitivement les intérêts et les arrérages, sans distinguer si elle est ou non tenue de faire l'avance du capital. Si la dette fait partie du passif provisoire de la communauté, celle-ci a droit au remboursement de ses avances, mais en capital seulement (4).

493. L'application du principe peut être délicate en matière de rentes viagères (5).

En règle générale, les arrérages de la rente viagère doivent être considérés pour le tout comme des revenus. L'article 588 les attribue intégralement à l'usufruitier et le dispense de restitution. Ceci posé, la communauté, qui aurait droit aux arrérages de la rente que l'un des époux aurait exclue du fonds commun, — par exemple, au moyen d'une

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 38, p. 324; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 42 *bis*, II; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 472; Arntz, *op. cit.*, III, n. 624; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 669; Huc, *op. cit.*, IX, n. 132. Cpr. Planiol, *op. cit.* III, (2e édit.), n° 1124.

(2) V. *infra*, II, n. 1316, 1317.

(3) V. aussi l'art. 609. — Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 846.

(4) V. *infra*, I, n. 834 s.

(5) Cpr. Marcadé, sur l'art 1409, n. 5; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 846; Labbé, note, S., 63. 1. 329; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et notes 26 et 27, p. 322; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 421; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 613; Huc, *op. cit.*, IX, n. 131

clause de réalisation du mobilier présent, — ne doit-elle pas, par correspondance, supporter pour le tout pendant sa durée les arrérages d'une rente viagère constituée avant le mariage, alors même que les dettes antérieures à la célébration de l'union conjugale auraient été exclues de cette communauté ? On peut citer en ce sens un arrêt de la Cour d'Amiens du 10 avril 1877 (1).

Nous croyons, toutefois, qu'il en serait autrement s'il s'agissait d'une rente viagère créée comme prix d'acquisition d'un immeuble resté propre à l'époux. Cette rente viagère relative à un immeuble propre ne tombe dans le passif de la communauté légale que sauf récompense (art. 1409-1°). Or la récompense serait dérisoire ou même nulle, si elle consistait uniquement, de la part de l'époux, à prendre en charge la rente viagère à partir de la dissolution de la communauté.

Dans la thèse qui prévaut, d'ailleurs, en doctrine (2) et en jurisprudence (3), pour les cas analogues de transformation d'une valeur perpétuelle, comme un fonds ou un capital, en une rente viagère, la récompense doit correspondre à une partie des arrérages du droit viager. Chaque annuité comprend, avec les intérêts exigibles, une partie du capital d'acquisition, qui sera ainsi payé tout entier, par fractions, du vivant du crédi-rentier.

Nous insisterons ultérieurement davantage sur cette théorie (4).

494. Laissant de côté cette question, il importe maintenant de se souvenir que si la jouissance de la communauté sur les biens des époux ressemble beaucoup à un usufruit, elle en diffère à certains points de vue (5).

Nous savons, à l'occasion de cet usufruit, que ni l'époux propriétaire, ni la communauté usufruitière ne doivent s'en-

(1) S., 77. 2. 239.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Laurent, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

(3) Req., 13 juill. 1863, S., 63. 1. 329, D., 63. 1. 393. — Bordeaux, 10 mai 1871, S., 71. 2. 136, D., 71. 2. 219. — J. Nogent-le-Rotrou, 30 déc. 1871, S., 72. 2. 209, D., 73. 3. 48.

(4) V. *infra*, I, n. 815, 824.

(5) V. *supra*, I, n. 296 s.

richir aux dépens l'un de l'autre, en négligeant l'exercice complet de leurs droits ou l'exécution intégrale de leurs obligations. L'article 1403 a fait l'application de ce principe aux perceptions de fruits anticipées ou retardées, de même qu'aux perceptions de produits qui ne sont pas des fruits (1).

Nous savons également que la communauté a droit, en vertu de l'article 1437, au remboursement de tous les profits que l'époux a retirés, soit des améliorations réalisées sur ses propres, soit des dépenses faites pour le recouvrement et la conservation de ses biens personnels (2).

Ainsi, il est dû récompense à la communauté pour les grosses réparations que le mari fera, sans doute, volontiers à ses propres immeubles, et qu'il serait blâmable de ne pas faire aux immeubles de sa femme (art. 1428 *in fine*).

Les dettes contractées pour grosses réparations font donc partie du passif provisoire. De ce chef, la communauté ne fait qu'une avance (3).

Au contraire, les dettes des réparations d'entretien entrent dans le passif définitif (4).

En étudiant les droits et les devoirs du mari sur les biens personnels de sa femme, nous verrons dans quelle mesure il engagerait sa responsabilité et grèverait par suite la communauté en négligeant de faire, soit les grosses réparations, soit les réparations d'entretien aux immeubles de l'épouse (5). Nous verrons aussi s'il peut prétendre à un recours quelconque contre la communauté, en raison de ce qu'il aurait personnellement commis la faute de ne pas faire à ses biens propres les réparations d'entretien. Ne pourrait-il pas réclamer au moins jusqu'à concurrence de ce dont il a enrichi la communauté, en évitant une dépense à sa charge? Contentons-nous, pour le moment, de poser la question. Nous la résoudrons plus loin (6).

(1) V. *supra*, I, 300 s.
(2) V. *supra*, I, n. 304.
(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 850. — J. Seine, 29 fév., 1895. D., 96.2. 430. — V. égal. *infra*, I, n. 842 s.
(4) J. Seine, 29 fév. 1896, D., 96. 2. 430. — V. *infra*, I, n. 843.
(5) V. *infra*, I, n. 718 s., spécialement n. 725, et I, n. 806, 832.
(6) V. *infra*, I, n. 806.

495. *b.* Occupons-nous, désormais des charges du ménage, des dépenses personnelles aux époux ou à leurs enfants.

La règle est que ces dépenses incombent toutes à la communauté.

Celle-ci supporte non seulement les frais occasionnés par le logement, le vêtement, la nourriture des membres de la famille, mais de plus les frais causés par leurs maladies, même les frais de justice engagés dans l'intérêt de la personne, par exemple, s'il a fallu protéger par la dation d'un conseil judiciaire ou par l'interdiction l'un des époux prodigue, faible d'esprit ou en état habituel de démence.

Un arrêt de la Cour de Caen (1) a incomplètement motivé cette solution dans un cas où il s'agissait du mari. Il se borne à dire que la décision judiciaire « *sauvegarde les intérêts de la communauté elle-même.* » Une telle argumentation conduirait à décider que les frais doivent être mis, pour partie à la charge du mari, pour partie à la charge de la communauté, les biens du mari n'étant pas moins sauvegardés que les conquêts par son interdiction. Il en résulterait aussi cette conséquence fâcheuse, à savoir que tous les frais de l'interdiction de la femme resteraient à sa charge comme dette personnelle. Or, la protection d'un des époux ou de l'un des enfants, nécessitée par une maladie physique (2) ou mentale, incombe à la communauté (3).

Les frais de la dernière maladie de l'un des conjoints sont, comme ceux des maladies précédentes, à la charge de la communauté, celle-ci ne venant à se dissoudre qu'au moment où la mort se produit (4).

A la différence des frais de dernière maladie, les frais funéraires sont, au contraire, une charge de la succession de l'époux

(1) Caen, 30 juin 1871, S., 71. 2. 279, D., 72. 5. 93.

(2) Rapp. J. Bordeaux 19 janvier 1903. *Gaz. trib.* 1903. 2. 335; *Droit*, 18 mars 1903 (frais d'accouchement, la femme s'étant personnellement obligée envers le médecin fut considérée comme simple caution de son mari, débiteur principal).

(3) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 673.

(4) Bastia, 26 fév. 1840 *J. P.*, 42. 2. 436. — Toullier, *op. cit*, XII, n. 301 ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 762 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 857; Laurent, *op. cit*, XXI, n. 478 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 672.

prédécédé (1), de même que le deuil de la veuve et à plus forte raison, les droits de mutation (2).

496. Les dépenses d'entretien et d'éducation des enfants sont, d'après l'article 1409-5°, à la charge de la communauté, Mais ceci est-il vrai, sans qu'il y ait à faire de distinction entre les enfants communs et ceux qui sont issus d'un autre lit, entre les enfants adoptifs et les enfants naturels reconnus par l'un des époux, soit avant, soit depuis le mariage ? Ne faut-il pas distinguer aussi selon que les enfants ont ou n'ont pas de biens personnels ?

Le doute ne peut exister qu'à l'égard des enfants ayant des biens personnels non soumis au droit de jouissance légale de l'article 384, et pour les enfants naturels reconnus au cours du mariage.

En effet, la formule de l'article 1409-5° est évidemment trop étroite. Les principes nous commandent de l'élargir. La règle est que la communauté est tenue de subvenir aux dépenses des enfants, dès que celles-ci sont à la charge des époux ou de l'un d'eux (3).

La communauté est donc, en principe, grevée des frais d'entretien et d'éducation des enfants communs, de ceux que l'un des époux a eus d'une union précédente (4) et des enfants adoptifs (V. les art. 203 et 349).

Si l'enfant possède des biens personnels, — et ceci sera fréquent en le supposant né d'un mariage antérieur, son père remarié ayant conservé l'usufruit légal, — la communauté qui bénéficie de cet usufruit, en aura les charges,

(1) Crim. rej., 16 nov. 1893, *J. le Droit*, 11-12 déc. 1893, S., 96. 1, 478. D., 96. 1, 509. — Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 857 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 46. p. 325 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 479 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 679.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 857 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 679. — V. *infra*. II. n. 1002, 1176, 1250. — Quant aux frais de scellés et d'inventaire V. *infra* II, n. 1180, 1218 et 1255.

(3) Marcadé, sur l'art. 1409, n. 5 ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 757 et 758 ; Odier, *op. cit.*, I, n. 202 ; Rodière et Pont, *op cit.*, II, n. 853 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 40, p. 324 ; Demante et Colmet de Santerre, VI, n. 12 *bis*, IV ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 477 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 675 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 133. — Sur le sens de l'art. 203, V. Nancy, 15 avril 1899, S., 02. 2. 153.

(4) Caen, 29 mars 1841, S., 41. 2. 348. — Paris, 19 avril 1865, S., 65. 2. 235.

parmi lesquelles figurent l'entretien et l'éducation de l'enfant (art. 385-2°). Mais si l'usufruit légal est éteint, la communauté serait libérée de cette charge, car l'enfant doit être entretenu sur ses biens personnels. Elle serait seulement obligée de fournir le complément de ses dépenses, s'il n'a pas de ressources suffisantes pour y faire face (1).

497. Quant à l'entretien de l'enfant naturel reconnu avant le mariage par l'un des conjoints, il incombe sans nul doute à celui-ci et par conséquent à la communauté (2).

Mais il en est autrement de l'enfant reconnu par un seul des époux depuis la célébration du mariage. L'article 337 ne veut pas, en effet, que cette reconnaissance nuise au conjoint de celui qui l'a faite, ni aux enfants issus du mariage. La dette alimentaire pesant sur l'auteur de la reconnaissance doit donc rester étrangère à la communauté qui existe entre lui et son conjoint (3).

On assimile, en général, la reconnaissance judiciaire à la reconnaissance volontaire pour l'application de l'art. 337 (4). Mais cette solution n'est pas unanimement acceptée. Certaines autorités, en cas de reconnaissance judiciaire, mettent, en effet, à la charge de la communauté, les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant naturel qui a obtenu un jugement de reconnaissance contre son auteur marié (5). Nous souscrivons plus volontiers à la solution contraire (6).

Jusqu'ici nous ne nous sommes occupés que de déterminer par qui doivent être supportées les dettes correspondant

(1) Bastia, 29 déc. 1856, S., 57. 2. 233. — Paris, 19 avril 1865, S., 65. 2. 235.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 854; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 40, p. 324; Laurent. *op. cit.*, XXI, n. 477; Arntz, *op. cit.*, III, n. 625; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 675.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 854; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, note 40, p. 324; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 676; Chavegrin, note dans Sirey, 87.1 67. D., 87.1.119 — *Contra* Huc, *op. cit.*, IX, n. 133. — Cpr. Req., 13 juill. 1886, S., 87. 1. 65

(4) Civ. cass., 16 déc. 1861, S., 62. 1. 420, D., 62. 1. 39.

(5) Paris, 9 mars 1860, S., 60. 2. 237, D., 60. 2, 248. — Dijon, 2 juill. 1868, D., 69. 2. 91. — Cpr. Pau, 17 janv. 1872, S., 72. 2. 233. — Douai, 29 janv. 1879, S., 79. 2. 195.

(6) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 854; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, note 40, p. 324. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *Des personnes*, III, n° 722 s., où la question est traitée avec ampleur.

à l'entretien des époux, à l'entretien et à l'éducation des enfants.

498. Les enfants légitimes, légitimés, naturels ou adoptifs ne sont pas les seuls parents envers lesquels la communauté ait certaines obligations. On peut dire, d'une manière générale, que toute obligation alimentaire pesant sur l'un des époux, doit être considérée comme une charge de ses revenus, qui passe, dès lors, à la communauté avec ces derniers (1). Toutefois, en devenant dette de communauté, cette dette ne cesse pas d'être celle de l'époux (2).

499. Mais contre qui les tiers peuvent-ils poursuivre le recouvrement de ces dettes? N'envisageant, ici, cette question du droit de poursuite des tiers qu'en tant qu'il s'agit de savoir qui est obligé d'après les principes du régime de communauté, répondons que nous avons affaire à des dettes communes sur le caractère desquelles les tiers ne peuvent pas se méprendre. Par suite, ils n'ont d'action pour en être payés que contre le mari chef de la communauté.

Nous verrons plus tard sur quels biens les tiers peuvent recouvrer ce qui leur est dû par le mari, et comment tout créancier du mari a action tant sur les biens de l'époux que sur les biens communs (3). N'insistons ici que sur ce seul point, à savoir que les créanciers pour dépenses du ménage n'ont pas d'action sur les biens de la femme (4).

500. La femme, cependant, traite souvent avec les tiers pour l'entretien de la famille. C'est elle qui achète ce qui est nécessaire pour le vêtement, pour la nourriture. Déjà, dans notre ancien droit, on avait considéré que, dans ce cas, la femme représente le mari dont elle est le mandataire tacite (5).

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 856 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 626.

(2) V. à ce point de vue sur le sens controversé de l'art. 203, not. Civ. cass. 27 mai 1890, S., 91. 1. 81 (note Bourcart), D., 90. 1. 337 (note de Loynes).

(3) V. *infra*, I. n. 583 s.

(4) La femme ne serait exposée à des poursuites que si elle avait contracté une obligation personnelle pour laquelle une autorisation lui est nécessaire. J. Clamecy, 24 juillet 1902, *Droit*, 23 oct. 1902, *Gaz. Pal.*, 1902.2, table, v° *Communauté*, n. 9.

(5) Dumoulin, *Sur les art. 112 et 114 de l'ancienne Cout. de Paris*; Lebrun.

Cette théorie du mandat tacite est encore généralement admise aujourd'hui (1). L'article 1420, dont la formule générale embrasse d'autres hypothèses que la nôtre, semble pourtant fait principalement pour elle. D'après nos usages, la femme a tacitement un mandat de son mari pour faire des achats de linge, vêtements, denrées, etc., eu égard à la condition sociale, à la situation de fortune apparente des époux, « ... *et le créancier n'en peut poursuivre le paiement « ni contre la femme, ni sur ses biens personnels* (art. 1420 *in fine*) » (2).

Ce mandat est aisément considéré, au gré des circonstances, comme étendu à des achats d'objets mobiliers de peu d'importance selon les besoins du ménage. On a même admis, par extraordinaire, soit à raison d'une séparation amiable, soit à cause de la non-présence du mari, que le mandat tacite comprenait le pouvoir de louer un appartement nécessaire à la famille (3). Peut-être serait-il plus

De la communauté, liv. II, ch. II, sect. II, n. 6; Pothier, *Communauté*, n. 574; Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, obs. 19, n. 92 ; Merlin, *Rép.*, v° *Autorisation maritale*, § 7; Guyot, *Répertoire*, v° *Autorisation*, section VII, n. 7 ; d'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, art. 424 glose 2 : Valin *Cout. de la Rochelle*, I, art. 23, n. 15 à 17.

(1) V. *supra* I, n° 20 et surtout *infra*, I, n. 577 (sur l'obligation de rendre compte). Sur les critiques dirigées contre la théorie du mandat tacite, V. Binet *La femme dans le ménage* (thèse Nancy, 1903), p. 133, et les renvois.

(2) Poitiers, 17 juin 1862, D., 64. 2. 22. Req. 21 mars 1882, S., 83. 1. 112 ; Cpr. Req., 30 déc. 1902, S., 1903. 1. 260 ; Paris, 2 avril 1903 ; *G. P.*, 1903.1, table v° *Communauté*, n. 8; Jug. Avranches, 23 nov. 1900, *G. Pal.*, 1901 16.87; Civ. rej., 17 déc. 1901, *G. Pal.*, 1902.1.137, D., 1903.1.153. — D'un arrêt de la cour de Rouen du 5 juillet 1895 (*Gaz. Pal.*, 22 mars 1896), il résulte que le mandat tacite de la femme lui permet de faire une reconnaissance interruptive de la prescription de la dette. Cpr. Civ. rej., 6 août 1894 ; S , 94. 1. 416 (dans l'hypothèse de ce dernier arrêt, la femme était personnellement obligée et, en l'absence de solidarité entre les époux, la prescription interrompue contre la femme a été déclarée non interrompue à l'égard du mari). — V. également Paris, 19 nov. 1897, *Gaz. Pal.*, 1898.2.474. Il est dit dans cet arrêt que lorsqu'un écrit constate que la femme, loin de remettre à ses domestiques les gages, mensuels dans l'espèce, les conserve entre ses mains, le mari doit restituer à ceux-ci les sommes que la femme ne leur a point soldées.

(3) Paris, 23 fév. 1847, S., 49. 2. 145, D., 49. 2. 135. Cpr. Dijon, 2 juillet 1868, D. 69. 2. 9 (le mandat tacite comprend la fourniture d'aliments aux enfants d'un précédent lit. V. aussi Paris, 9 mars 1860, D., 60. 2. 148 ; — J. Tours, 21 janvier 1898. *G. Pal.*, 1898. 160.2 (l'achat de bijoux ne rentre pas, en principe dans le mandat tacite). V. *infra*, I, n. 579 s.

exact de dire, — en cas de séparation amiable du moins, — que les tiers n'auraient en pareil cas contre le mari que l'action oblique de l'article 1166, ou encore celle de gestion d'affaires (1).

D'une doctrine, sur laquelle nos anciens auteurs avaient beaucoup insisté, il résulte que le mandat tacite de la femme lui permet des achats à crédit, mais doit être limité, selon la condition et l'état de fortune des époux, aux fournitures ordinaires et qui semblent nécessaires d'après cette condition. Par application de cette idée qui a conservé aujourd'hui toute sa valeur, nous dirons que tout achat excessif et ayant dû paraître tel aux yeux des tiers dépasse les pouvoirs résultant du mandat tacite donné à la femme. Cet achat peut être, par suite, déclaré nul ou réductible à la demande du mari. C'est une acquisition réalisée en dehors du mandat dont nous faisons l'étude (2).

Les juges auront souvent à faire, à ce sujet, une appréciation fort délicate, dans laquelle ils tiendront grand compte de la bonne foi des fournisseurs.

En tout cas, le mari soutiendrait vainement que la femme avait reçu de lui une somme suffisante pour ne faire des achats qu'au comptant, si cette circonstance est, d'ailleurs, ignorée des fournisseurs (3). Quant à la non-présence du mari, ou à son éloignement momentané plus ou moins grand, loin d'être une preuve de l'absence ou de la révocation du mandat de la femme, c'en est, au contraire, une justification. Jamais, en effet, ce mandat n'a été plus utile ni mieux expliqué que dans cette hypothèse, du moins quand il n'y a pas de mésintelligence notoire ni de rupture entre les époux (4).

Aussi le mari, voulant empêcher sa femme d'engager la

(1) *Contra* Guillouard, *op. cit.*, II, n. 863. — V. cep. II, n. 869, 870.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*. II, n. 795 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et note 55, p. 341 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 63 *bis*, III ; Laurent, *op cit.*, XXII, n. 108. Guillouard, *op. cit.*, II, n. 866 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 432. Rapp. Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.) n. 1099.

(3) V. les arrêts cités aux notes suivantes.

(4) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 371 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 794 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et note 54, p. 341 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 871. Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n° 1099. — Paris, 1er mai 1823, S., chr. — Bordeaux, 19 mars 1838, S., 38. 2. 389.

communauté par des dépenses excessives, a-t-il à se préoccuper beaucoup de faire disparaître tout malentendu qui, évidemment, se résoudrait, dans les cas douteux, contre la communauté.

Le procédé le plus simple est de révoquer le mandat tacite. Cette révocation ne rencontre aucun obstacle dans la loi. Il ne s'agit pas d'empêcher la femme d'acheter au comptant, mais de créer des dettes à la charge de la communauté par des achats à crédit.

Un avertissement donné par le mari aux fournisseurs enlève à ces derniers toute excuse. Ceux-ci ne peuvent point alléguer qu'ils ont cru n'avoir pas à prendre au sérieux la défense émanée du mari.

Mais il faut que cet époux établisse que l'avertissement est parvenu aux fournisseurs. Tel d'entre eux pourra justifier qu'il ne lit pas les journaux, de telle sorte qu'un avis inséré aux annonces lui est demeuré inconnu. Sa bonne foi a pu ainsi rester intacte. D'autre part, une circulaire individuelle peut n'avoir pas été reçue par les destinataires. En somme, il n'y a dans tout cela qu'une simple question de fait (1). Toutefois, nous n'irons pas jusqu'à exiger une notification par huissier. L'avis par lettre recommandée sera même d'un usage exceptionnel.

501. Lorsque la dette contractée par la femme a été, sur la demande du mari, réduite comme excessive, ou annulée comme inutile et de pur luxe, ou bien déclarée inopposable à l'époux comme ayant été contractée après la révocation incontestée du mandat, le fournisseur a-t-il encore action soit contre le mari, soit contre la femme ?

Répondons que les tiers ne pouvant agir contre l'épouse par l'action *de in rem verso*, que si la dépense lui a été juridiquement profitable, ceci ne saurait être vrai, ni d'une dépense

(1) Paris, 19 juill. 1823, sous Cass., 14 fév. 1826, S. chr. — Req., 30 nov. 1868, S., 69. 1. 219, D., 69. 1. 132. — Cpr. Civ. rej., 16 juill. 1889 et Aix, 3 mai 1887, S., 90. 1. 115, D., 91. 1. 158. — Marcadé, sur l'art. 1420, n. 2 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 796 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et notes 56 et 57, p. 341 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 867 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 153. Planiol, *op cit.*, III (2e édit), n° 1100.

de luxe totalement annulée, ni de la partie retranchée de cette dépense comme excessive, ni même d'une dépense justifiée, mais dont la charge incombe exclusivement au mari (1).

Il en faut évidemment conclure que ce dernier, après avoir soldé les dépenses exagérées ou inutiles faites par la femme, ne pourrait pas réclamer un remboursement quelconque de celle-ci à titre de récompense ou de dommages et intérêts (2). Sans doute, le mandataire est bien responsable envers le mandant. Mais la femme n'est pas, vis-à-vis de son mari, dans la situation ordinaire d'un mandataire même non salarié, dont les fautes sont appréciées d'ailleurs avec indulgence (art. 1992). Puis l'article 1990 pose en principe que le mandant ne peut s'en prendre qu'à lui-même, s'il a choisi un mandataire incapable. Si nous nous reportons d'autre part à l'article 1578, nous voyons que si le mari a joui des biens paraphernaux de la femme sans mandat, et néanmoins sans opposition de celle-ci, il n'est tenu, à la dissolution du mariage ou à la première demande de l'épouse, qu'à la représentation des fruits existants. Il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors. De ce texte, on peut déduire qu'il serait illogique que la femme, moins expérimentée que le mari, fût plus rigoureusement tenue que ce dernier. La vie commune éclaire l'époux sur les qualités

(1) Il nous semble difficile que le mari puisse, par une interdiction même individuelle adressée aux fournisseurs, se décharger de l'obligation qui lui incombe, à lui seul personnellement ou comme chef de la communauté, selon le régime, de subvenir aux dépenses du ménage et faire retomber cette obligation sur la femme, sous prétexte que la dépense a matériellement profité à celle-ci. Ou la dépense a été utile, et de quel droit le mari s'en serait-il déchargé? Ou bien elle a été inutile, et comment peut-on prétendre alors qu'elle a profité à la femme? Cette doctrine nous paraît ressortir très nettement de l'arrêt de cassation du 22 novembre 1893 signalé ci-dessous. — V. et cpr. Poitiers, 23 déc. 1889, *Gaz. Pal.*, 90. 1. 182, (note). — Paris, 18 nov. 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 649. — Civ. cass., 22 nov. 1893. S., 96. 1. 14, — J. Tours, 21 janv. 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 1. 602. — V. aussi J. Lyon, 1er août 1867, et Req., 30 nov. 1868, *S.*, 69. 1. 219, D., 69. 1. 132. — Le jugement du tribunal de Lyon confond le mandat tacite et l'autorisation maritale. — V. et cpr. Toullier, *op. cit.*, XII, n. 272; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 797; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 509, texte et note 38, p. 341; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 873.

(2) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 872. — Besançon, 10 juill. 1868, S., 67. 2. 5 D., 66. 2. 136 et les notes.

administratives de sa femme ; il peut révoquer le mandat. Et puis, il résulte de l'article 1437 que les conjoints ne doivent indemnité à la communauté que du profit qu'ils en ont tiré. Si donc le conjoint ne s'est pas enrichi de ce dont il a appauvri la communauté, il ne doit aucune récompense. Par conséquent, nous n'obligerons pas la femme à indemniser la communauté en raison de ses dépenses excessives que le mari a soldées.

Par réciprocité, le mari lui-même ne devra pas récompense de ses prodigalités.

502. Mais les tiers, — l'épouse ayant agi, nous le supposons, en dehors de son mandat, — peuvent-ils avoir action contre le mari ?

L'action oblique de l'article 1166 lorsque la femme néglige d'exiger de son conjoint ce qu'elle aurait le droit d'en obtenir, et l'action *de in rem verso* à raison du profit retiré par l'époux, peuvent ici venir à leur secours. Seulement, dans notre ordre d'idées, il faut redouter les abus, et les juges doivent se montrer très défiants.

Ils ne doivent accorder d'action aux créanciers contre le mari que si, d'une part, la dépense dont il s'agit était bien du nombre de celles que la communauté devait évidemment supporter, et si, d'autre part, le mari n'avait pas acquitté cette dette, par exemple au moyen du versement d'une pension alimentaire en cas de cessation de la vie commune. Les tiers ne peuvent pas, en effet, prétendre avoir acquitté la dette du mari, quand ce dernier l'avait lui-même payée. Et il ne leur est pas possible de prétexter de leur bonne foi, puisque nous supposons qu'ils n'ont pas pu croire que la femme avait contracté comme mandataire de son époux. Ils lui ont fait crédit à leurs risques et périls.

503. Ceci nous amène à préciser les cas dans lesquels, aux yeux des tiers, le mandat n'existe plus. Ces cas se ramènent à deux. De deux choses l'une, en effet : ou bien le mandat tacite a pris fin par la cessation de la vie commune, ou bien il a été expressément révoqué.

Quand le mandat aura disparu par une révocation expresse connue des tiers, ceux-ci auront difficilement action contre

le mari. Il faudrait des circonstances spéciales pour que cet époux fût néanmoins considéré comme débiteur personnel des fournitures faites à crédit à la famille représentée par la femme, et que les tiers eussent, de ce chef, le droit de réclamer, soit en vertu de l'article 1166 ce que la femme aurait le droit d'exiger et qu'elle néglige d'obtenir du mari, soit par l'action *de in rem verso*, ce qui est tourné au profit de ce dernier en le libérant de sa dette alimentaire.

Mais le mandat peut avoir disparu d'une façon moins nette par une séparation. A ce point de vue, nous distinguerons trois hypothèses principales : 1° celle où les époux ont été séparés de corps par jugement ; 2° celle où les époux se sont séparés à l'amiable, et où c'est du consentement du mari que la femme a un domicile distinct ; enfin, 3° l'hypothèse où la femme a quitté le domicile conjugal malgré son mari.

Dans le premier cas, — une séparation de corps ayant été prononcée en justice, — il ne peut plus être question de mandat tacite. Chacun des époux a désormais la jouissance et l'administration de ses biens. Toutefois, la femme pourrait avoir fait condamner son mari à lui payer une pension alimentaire. Dans cette hypothèse-là seulement, les tiers qui ont action contre l'épouse, seraient admis à recourir contre le mari dans la limite de ce qu'il doit sur la pension (art. 1166).

Nous n'avons pas besoin de faire remarquer que, dans ce cas, il ne peut pas être question de mettre les dépenses de la femme à la charge de la communauté, puisque cette dernière a été dissoute par la séparation de corps (1).

503 ***bis***. Nous venons de supposer la séparation de corps prononcée. Au cours de l'instance en séparation, le mari reste tenu des dépenses de la femme, bien que celle-ci ait été autorisée à résider en dehors du domicile conjugal (2). Cependant l'épouse est également tenue personnellement,

(1) Au cas de séparation de biens contractuelle, la vie commune existe ainsi que le mandat tacite de la femme. Le mari est tenu personnellement vis-à-vis des tiers de toutes les dépenses du ménage. J. Seine, 3 déc. 1835, *Gaz. Pal.*, 95. 2 744.

(2) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 870. — Paris, 11 mai 1874, S., 74. 2. 169, D., 75. 2. 41 ; J. Lyon, 7 déc. 1901, *G. Pal.* 1902. 1. 63.

les dépenses n'étant plus faites alors au nom du mari chef du ménage. Le mandat tacite a donc disparu. Mais il reste l'action de l'article 1166 et l'action *de in rem verso*, par laquelle le mari peut être poursuivi en tant que la dépense n'est pas excessive, en supposant que le juge n'ait rien fixé sur ce point.

La situation serait encore moins favorable à la femme et à ses fournisseurs, si l'épouse avait quitté sans autorisation la résidence à elle assignée par la justice. Ce cas doit être assimilé, en effet, à l'hypothèse dans laquelle la femme a fui le domicile conjugal et a, malgré le mari, une habitation distincte. Il est évident que les tiers ne sauraient alors aider la femme dans sa résistance à réintégrer ce domicile. S'ils connaissent les faits, ils ne peuvent rien réclamer du mari, qui est en droit de refuser tout secours pécuniaire à l'épouse pour la mettre dans l'impossibilité de prolonger une situation irrégulière.

Cependant lorsque les tiers sont de bonne foi, que leur ignorance est excusable, le mari, — ayant peut-être tout fait pour éviter le scandale au lieu d'avertir les tiers de la cessation du mandat tacite, surtout quand la femme est accompagnée d'un ou de plusieurs enfants, — peut être tenu, sinon comme si le mandat existait encore, du moins dans la mesure de son obligation alimentaire. Les tiers ne pourraient alléguer la continuation apparente du mandat à leur profit que s'ils avaient pu, par le fait du mari, considérer comme un domicile conjugal la nouvelle résidence de la femme. Cette situation est fort rare et ne peut que difficilement se prolonger (1).

504. Supposons enfin une séparation à l'amiable, hypothèse à laquelle nous venons d'arriver insensiblement. Les fournisseurs de la femme verront, par la cessation de la vie

(1) Marcadé, sur l'art. 1420. n. 2 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 793 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et note 52, p. 340 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 110 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 869. — Cpr. Civ. cass., 12 janv. 1874, S., 74. 1. 305, D., 74. 1.114. — Req., 21 mars 1832, S., 83.1.112. — Paris, 22 nov. 1889, D., 91.2.258. — J. paix (7e arrond.) Paris, 28 oct. 1904, *G. Pal.*, 1904.2. 613.

commune, que le mandat tacite n'existe plus. Ils n'auront d'action contre le mari que dans la mesure de la dette alimentaire dont il peut rester tenu, et qu'autant qu'il ne l'aura pas acquittée sous forme de pension (1).

Réservons encore, cependant, les hypothèses fort rares, mais non impossibles, où il s'agira de fournisseurs de bonne foi invoquant une ignorancee excusable et imputable au mari (2).

505. Nous assimilerons aux dernières hypothèses celle où le mari a refusé de recevoir sa femme au domicile conjugal. Le mandat tacite n'existe plus, puisqu'il n'y a plus de vie commune. Mais l'obligation alimentaire qui pèse sur le mari subsiste, de telle sorte que l'action *de in rem verso* et l'action de l'article 1166 peuvent être exercées par les tiers (3).

505 *bis.* Le mandat tacite est valable alors même que le mari est pourvu d'un conseil judiciaire. Mais il ne vaut alors que dans la mesure des dépenses raisonnables que le mari aurait pu faire lui-même et sans l'assistance de son conseil. On devrait, semble-t-il, admettre une solution analogue à l'égard du mari mineur de vingt et un ans, émancipé par le mariage (4).

§ II. *Dettes mobilières antérieures au mariage.*

506. Les dépenses ainsi passées en revue sont celles qui constituent le passif essentiel de toute communauté conjugale.

(1) V. Paris, 25 mai 1898, D., 99. 2. 309.

(2) V. et cpr. Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1420, n. 2; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 793 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 509, texte et notes 51, 53, p. 340, 341 ; Guillouard, *op. cit.* II, n. 868-870 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, IV, § 641, note 22, p. 86 ; Mérignhac, *Traité de la communauté*, I, n. 954 s. et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 954 s. ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 154.— Cpr. Req., 13 fév. 1844, S., 44. 1. 662.— Paris, 23 fév. 1849, S., 49. 2. 145, D., 49. 2. 135.— Besançon, 25 juil. 1866, S., 67. 2. 48, D., 66. 2. 149.— Douai, 13 mai 1846, S., 47. 2. 24, D., 47. 2. 60. — Paris, 11 mai 1874, S., 74. 2. 169, D., 75. 2. 41. — Riom, 6 août 1895, D., 96. 2. 280, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 681. — Dijon, 13 nov. 1895, Paris, 9 déc. 1895, D., 96. 2. 133. — Alger, 6 janvier 1904, *Gaz. Pal.*, 24 janvier 1905 (*bulletin*).

(3) Bordeaux, 8 juin 1839, S., 39. 2. 416 ; Besançon, 15 juillet 1874, S. 75. 2. 9 et note.

(4) J. Seine, 19 fév. 1897. *France judiciaire*, 1897. 2. 162.

C'est le passif de la communauté d'acquêts, qui a pour actif tous les revenus et tout le produit du travail des époux, actif destiné à faire face aux dépenses qui sont la charge naturelle des revenus. Les acquêts proprement dits proviendront des économies, s'il en est fait après l'acquittement de toutes ces dépenses (1).

Mais la communauté légale est beaucoup plus large activement et passivement. Elle est une société de *meubles* et acquêts. Son actif comprend tout le mobilier présent et futur des époux. C'est une notable partie de leur fortune; elle ne peut entrer dans la communauté, sans entraîner la charge d'une partie de leur passif.

Aux termes de l'article 1409-1° : « *La communauté se « compose passivement :* 1° *de toutes les dettes mobilières dont « les époux étaient grevés au jour de la célébration de leur « mariage.* »

507. Deux combinaisons se présentaient au choix du législateur. La première aurait consisté à appliquer ce principe, à savoir que le passif, étant une charge de tout le patrimoine, doit grever proportionnellement le mobilier et les immeubles. Si les valeurs mobilières représentent le tiers du patrimoine de l'époux et les immeubles les deux tiers, le passif tomberait pour un tiers à la charge de la communauté, tandis que les deux autres tiers resteraient propres à l'époux.

Mais cette combinaison suppose un inventaire au début du mariage. Or la communauté légale est surtout le régime de ceux qui évitent les frais d'un contrat. Elle doit pouvoir fonctionner indépendamment de tout écrit dressé à son début. Les termes de l'article 1510 prouvent que le législateur a compris ainsi le problème. Ses détracteurs, — se fondant sur l'idée d'après laquelle, de nos jours, presque toutes les dettes sont mobilières et vont tomber en communauté, tandis qu'il faut faire un certain effort d'intelligence pour trouver aujourd'hui des dettes immobilières jadis si nombreuses, — montrent une fois de plus, qu'en l'accusant d'irréflexion, ils méconnaissent son esprit pratique.

(1) V. *infra*, II, n. 1315 s.

Nous verrons, en effet, que dès que la considération qui l'a guidé n'existe plus impérieuse, le législateur n'hésite pas à accepter la règle de la proportionnalité des dettes selon l'actif recueilli par la communauté. C'est ce qu'il a fait pour les dettes futures provenant de successions, donations ou legs (articles 1411 à 1418) (1).

Il a, tout au contraire, préféré suivre ici un principe que Pothier nous présente comme ayant été celui du très ancien droit français (2), en distinguant, à l'égard des dettes antérieures au mariage, selon leur *nature*, toujours susceptible d'être vérifiée quel que soit le temps écoulé. La communauté, qui prend tout le mobilier, sera tenue de toutes les dettes mobilières; les dettes immobilières en seront seules exclues: telle est la règle posée. Quant à ces dernières, elles seront certes, en fort petit nombre. Il faut imaginer, en effet, que la chose due est un immeuble indéterminé, puisque toute créance ayant pour objet un immeuble déterminé comme corps certain à livrer se transforme, *ipso facto*, en un droit réel immobilier (articles 711, 938, 1138, 1583). En somme, presque toutes les dettes antérieures au mariage tomberont à la charge de la communauté.

Cependant, il est intéressant d'observer que le législateur a fait un effort pour atténuer les conséquences du principe dont nous venons de formuler le résultat pratique. En effet, il doit être tenu compte, non seulement de la *nature* de la dette, mais encore de cette circonstance, à savoir que la dette est ou non *relative aux immeubles propres* à l'un ou à l'autre des époux. La communauté, tenue de la dette qui est mobilière de sa nature, aura droit à une récompense si cette dette est relative à l'un des biens propres des conjoints.

L'atténuation est sérieuse. Le législateur ne pouvait pas faire davantage sans rendre nécessaire un inventaire de l'actif mobilier apporté en mariage et du passif alors existant.

Nous ne voyons guère quelle autre combinaison indépendante de tout écrit la loi aurait pu adopter, a moins de faire

(1) V. *infra*, I, n. 537, s.
(2) Pothier, *Communauté*, n. 233.

de la séparation des dettes un principe de droit commun. C'eût été la proclamation d'une règle opposée au vieil adage de Loysel : « Qui épouse le corps épouse les dettes (1). » C'eût été le contre-pied de l'ancienne tradition suivant laquelle les dettes mobilières sont une charge de l'universalité des meubles.

Les rédacteurs du code civil ont préféré maintenir cette tradition, aggravée, il faut l'avouer, par la restitution aux rentes de leur caractère mobilier. Ils ont sans doute compté sur la clairvoyance des futurs époux. Si l'un d'eux est grevé ou soupçonné d'être grevé d'un passif en disproportion avec son actif mobilier, c'est-à-dire avec son apport à la masse commune, l'autre doit aviser à modifier la communauté légale, soit par une clause spéciale de séparation de dettes (art. 1510 s.) (2), soit par l'adoption de la communauté réduite aux acquêts (art. 1498 al. 1er) (3), soit par toute autre clause inspirée par les circonstances.

508. Quoi qu'il en soit, de ce qui précède il résulte que les dettes antérieures au mariage se divisent en deux catégories fort inégales. Les dettes immobilières, qui sont fort rares, restent propres. Les dettes mobilières, qui englobent à peu près tout le passif des époux, entrent en communauté. Mais ces dernières se subdivisent à leur tour. Quelques-unes, celles qui sont relatives aux biens propres, donneront lieu à une récompense au profit de la communauté, si elles ont été acquittées par elle.

509. Si l'on pose la question de savoir quelles dettes l'article 1409-1° met à la charge de la communauté, il nous semble que la réponse ne saurait être faite qu'après avoir étudié les trois propositions suivantes :

1° La communauté n'est tenue que des dettes mobilières. Quant aux dettes immobilières qu'il importe de déterminer, elles restent propres aux époux.

2° Pour que la dette mobilière soit à la charge de la communauté en vertu de l'article 1409-1°, il faut qu'elle soit

(1) Loysel, *Institutes coutumières*, n. 110, I, p. 148, édition Dupin et Laboulaye.
(2) V. *infra*, II, n. 1349 s.
(3) V. *infra*, II, n. 1263 s.

antérieure au mariage, distinction qui n'a d'importance, en général, qu'à l'égard des dettes de la femme.

3° La communauté ne supporte pas définitivement celles des dettes mobilières qui sont relatives à des propres; elle ne les paye que sauf récompense.

Reprenons et étudions dans les détails qu'elles comportent chacune de ces trois propositions.

510. I. Établissons d'abord la distinction entre les dettes immobilières et les dettes mobilières, ces dernières faisant seules partie du passif commun.

Le caractère mobilier ou immobilier de la dette se détermine d'après la chose due. Or, il est rare qu'un droit immobilier soit dû sans que la loi remplace par un droit *réel* la promesse qui se trouve ainsi juridiquement exécutée. Les dettes immobilières, — jadis assez nombreuses, puisque les rentes étaient ordinairement immobilières et que la vente d'immeubles ne transférait pas par elle-même la propriété, — sont aujourd'hui en fort petit nombre. Nous ne voyons guère à signaler que les exemples suivants :

1° Il y a eu promesse — par vente, échange, transaction, donation, etc. — d'une parcelle de terrain de telle superficie à prendre dans telle région, par exemple en façade sur une rue projetée.

Les promesses de ce genre n'ont pas été sans fréquence à notre époque, à raison des travaux d'embellissement dans les grandes villes et des spéculations de terrains dans les stations balnéaires (1).

Il importe peu, d'ailleurs, que la parcelle soit à prendre dans un bien dont l'époux n'est pas propriétaire lors du mariage (2).

2° Il peut s'agir de dettes dont l'un des époux n'est tenu qu'hypothécairement. Il est vrai que, en thèse générale, une créance, bien qu'elle soit garantie par une hypothèque, n'en conservant pas moins sa nature mobilière, nous devons déci-

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 7 3; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508 texte, et note 12, p. 318 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 486 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 41 *bis*, III ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 583, 618.

(2) Pothier, *Communauté*, n. 243 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 779.

der par suite que la dette est mobilière. Ce qui est dû, c'est une somme d'argent(1). Mais lorsque le propriétaire de l'immeuble hypothéqué n'est pas débiteur personnel, il n'est obligé que *propter rem immobilem*. Dès lors, ajoute-t-on, la charge qui pèse sur lui est seulement l'obligation hypothécaire ; or, l'hypothèque considérée distinctement de la créance qu'elle garantit est un droit immobilier (2).

Peut-être pourrait-on se contenter de dire que, puisque l'époux est exposé uniquement à l'action hypothécaire et seulement tenu *propter rem* et *sur l'immeuble hypothéqué*, il serait étrange que la communauté fût obligée sur d'autres biens que sur cet immeuble : voilà quant à l'obligation.

Quant à la question de contribution, elle se résout non moins aisément au profit de la communauté, qui ne doit pas supporter une dette pour laquelle l'époux a lui-même un recours contre le débiteur principal ou contre ses garants. En outre, la dette dont nous parlons est une dette relative à un immeuble propre du conjoint. Or nous verrons que cette raison suffit, à notre avis du moins, pour assurer une récompense à la communauté, même si l'époux est personnellement débiteur de la dette garantie par une hypothèque frappant un de ses biens propres(3).

3° Au nombre des dettes immobilières, on range encore, en supposant un contrat de vente d'immeubles rescindable pour cause de lésion, l'obligation pour l'acheteur de restituer l'immeuble. L'acheteur devant restituer ce bien en est débiteur, et le paiement du supplément du juste prix n'étant que *in facultate solutionis* ne change pas le caractère immobilier de sa dette.

4° Sera également immobilière l'obligation, contractée avant le mariage par l'un des époux, de constituer une ser-

(1) Douai, 6 janv. 1846, S., 46. 2. 533, D., 46. 2. 217..

(2) Pothier, *Communauté*, n. 238 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 13, p. 319 ; Laurent. *op. cit.*, XXI, n. 406 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 619 ; Mérignhac, *Traité de la communauté*, I, n. 782 et *Rép. gén*, Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 782 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 128.

(3) V. *infra*, I, n. 535.

vitude ou une hypothèque sur une portion d'un bien que l'on se réserve de déterminer ultérieurement (1).

5° On signale aussi, parmi les dettes immobilières, les *obligations légales* dont un époux est tenu comme propriétaire d'un immeuble, par exemple l'obligation de construire, reconstruire, réparer un mur mitoyen (2).

Dans cet ordre d'idées, des méprises seraient aisées à commettre. C'est ainsi que l'obligation de payer le prix de réparations faites, avant le mariage, à un mur mitoyen, est une obligation mobilière dont la communauté est tenue sauf récompense. Quant aux réparations à faire durant le mariage, elles incombent à la communauté comme charges usufructuaires. En somme, l'exemple donné suppose une réparation qui n'a pas été faite avant le mariage et dont la communauté n'est pas tenue, parce qu'elle aurait dû être faite et correspond à la jouissance antérieure à la célébration de l'union conjugale.

511. Cette distinction entre les dettes immobilières dont nous venons de donner des exemples, et dont la communauté n'est pas tenue d'une part, et, d'autre part, celle des dettes mobilières qui lui incombent sauf indemnité ou récompense, s'efface, remarquons-le, quand il s'agit d'une dette du mari. C'est une conséquence de la règle d'après laquelle, durant la communauté, les créanciers du mari peuvent poursuivre leur paiement sans distinguer entre les biens de cet époux et les biens communs (3).

Il est donc seulement vrai de dire que les biens de la communauté légale sont à l'abri de toute poursuite pour le recouvrement d'une dette antérieure au mariage, si cette dette est immobilière et existe du chef de la femme.

Entendons-nous bien toutefois. Comprenons qu'il ne peut s'agir que du paiement des dommages et intérêts pour retard

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 589 ; Mérignhac, *Traité de la communauté*, I, n. 780 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 487. — *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 780 ; Huc, *op. cit* , IX, n. 128.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte p. 319 ; Guillouard, *op. cit.*. II, n. 619.

(3) V. *infra*, I, n. 583 s.

et inexécution, ainsi que des frais du procès. En effet, par sa nature même, la dette immobilière ne peut être exécutée directement que par celui qui est propriétaire des immeubles dont il s'agit. Il peut seul, notamment, en détacher la parcelle indéterminée, objet de l'obligation.

512. Allons-nous entreprendre de dresser ici la liste des dettes mobilières, comme nous l'avons fait pour les dettes immobilières ? Évidemment non. Cette liste serait aussi longue que celle que nous venons de présenter ci-dessus l'est peu.

Presque toutes les dettes ont, en effet, une chose mobilière pour objet et, dès lors, sont mobilières.

En supposant qu'une dette ait plusieurs objets, elle est, dans ce cas, mobilière quant aux meubles, et immobilière à l'égard des immeubles qui peuvent être dus. Par suite, la partie mobilière de la dette sera seulement à la charge de la communauté, tandis que sa partie immobilière demeurera propre à l'époux débiteur (1).

Mais si la dette était alternative, de telle sorte qu'il fût dû un meuble ou un immeuble au choix du débiteur ou du créancier, la nature de la dette se trouverait déterminée seulement par ce choix (2).

Ajoutons, une fois de plus, qu'il importe de ne pas confondre la dette de deux choses dues sous une alternative au choix du débiteur, avec l'obligation dite improprement facultative. Dans cette dernière, en effet, une seule chose est due, de telle sorte que sa perte par cas fortuit libère le débiteur qui n'est pas obligé de délivrer l'autre chose. C'est donc la chose due qui seule sert à déterminer la nature mobilière ou immobilière de la dette (3).

D'autre part, nous croyons avoir démontré que l'obligation de faire a toujours un caractère mobilier, que ses objet divers

(1) Pothier, *Communauté*, n. 244; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 729; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 594.

(2) Pothier, *Communauté*, n. 627; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 404; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 730; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 590.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 731 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 404 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 590.

sont des matériaux et de la main-d'œuvre, c'est-à-dire l'industrie humaine s'exerçant sur des matériaux que le débiteur fournit accessoirement à son travail (1). Les engagements pris par un entrepreneur avant son mariage tombent donc, à notre avis, sans récompense à la charge de la communauté.

Nous avons aussi constaté le caractère immobilier de l'obligation ayant pour objet la délivrance d'un immeuble indéterminé, dont la propriété ne sera transférée que lors de la détermination par la tradition (2). Mais l'obligation de faire délivrance d'un immeuble déterminé vendu avant le mariage n'est-elle pas, elle aussi, une dette immobilière étrangère à la communauté? On soutient énergiquement l'affirmative (3) en appuyant cette opinion sur l'autorité de Pothier (4).

Nous estimons que la solution ne saurait être aujourd'hui ce qu'elle était au temps de Pothier, étant donné que l'obligation de livrer n'implique plus, dans notre droit actuel, l'obligation de transférer la propriété de l'immeuble, ou de constituer le droit réel immobilier. En effet, d'après notre code civil, une fois que la vente est parfaite, le vendeur devient détenteur de la chose d'autrui (art. 1583). L'obligation qui lui incombe de remettre l'immeuble au véritable propriétaire, dans l'espèce à l'acheteur, n'est pas plus une obligation immobilière que ne l'est celle des héritiers d'un usufruitier tenus de restituer au nu propriétaire l'immeuble dégagé de l'usufruit, ou que l'obligation d'un preneur de restituer un immeuble à la fin du bail.

Dira-t-on également que l'obligation incombant au débiteur de veiller à la conservation de l'immeuble jusqu'à la délivrance est une dette immobilière? Non. Ici, on est d'accord pour adopter la négative et considérer comme mobilières les obligations accessoires à la délivrance : restitutions de fruits, indemnités pour dégradations ou préjudice résultant du

(1) V. *supra*, I, n. 271.

(2) V. *supra*, I, n. 510.

(3) Troplong, *op. cit.*, II, n. 715 ; Toullier, *op. cit.*, XII, n. 212 ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 225 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 722 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 11, p. 318 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 610.

(4) Pothier, *Communauté*, n. 243.

retard dans la livraison. Et pourtant l'obligation de veiller sur l'immeuble n'a pas moins ce bien pour objet que celle d'en faire la délivrance. En réalité, le véritable objet de l'une ou de l'autre de ces deux obligations est un fait relatif à l'immeuble, mais non pas cet immeuble lui-même (1).

513. Nous savons désormais quelles dettes antérieures au mariage tombent en communauté. Le titre constatant une dette de cette nature et qui était exécutoire contre l'époux avant le mariage, l'est-il également contre la communauté? Il n'y a point de difficulté s'il s'agit d'une dette du mari, puisqu'il est le représentant de la communauté et que toute dette exécutoire sur ses biens l'est aussi sur les biens communs.

Mais le titre exécutoire contre l'épouse l'est-il contre le mari chef de la communauté, laquelle sera désormais tenue de toutes les dettes mobilières de la femme antérieures au mariage? On admet en général l'affirmative. Qu'il s'agisse d'un jugement de condamnation intervenu contre la femme avant la célébration du mariage, ou d'une reconnaissance volontaire consentie par elle en la forme authentique avant cette date, la communauté est, vis-à-vis de l'épouse, une sorte de successeur à titre universel quant à la partie mobilière de son patrimoine.

Des auteurs en ont conclu que le créancier devait traiter la communauté comme un successeur par décès ; que, dès lors, il devait se conformer à l'article 877 et notifier au mari une copie du titre exécutoire, puis laisser expirer un délai de huitaine avant toute poursuite (2).

Tel n'est pas notre avis. L'article 877 déroge au droit

(1) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 405, 484; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 41 *bis*, III; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 589; Mérignhac, *Traité de la communauté*, I, n. 765; *Rép. gén.* Fuzier-Hermann, v° *Communauté*, n. 765; Huc, *op. cit.*, IX, n. 128. — Même solution pour l'obligation de constituer une servitude sur un immeuble déterminé appartenant à un époux.

(2) Delvincourt, *op. cit.*, III, p. 26 des notes (note 1 de la p. 14); Toullier, *op. cit.*, XII, n. 201; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 230; Troplong, *op. cit.*, II, n. 703; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 715. — Merlin (*Rép.*, v° *Com.*, § III, 1° *in fine*) est même d'avis que le créancier droit prendre jugement contre le mari avant de pouvoir faire des actes d'exécution.

commun. Il ne saurait dès lors être étendu au delà de ses termes. La communauté n'est point un successeur par décès, pas plus au regard de la femme que vis-à-vis du mari. La femme existe. Elle reste obligée à la dette, dont le recouvrement peut être à l'avenir poursuivi sur les trois patrimoines de l'épouse, de la communauté et du mari (art. 1419) (1).

On a toutefois constaté judicieusement, que si la femme a contracté avant son mariage une dette commerciale, le mari ne devient pas, à raison de cette dette, justiciable de la juridiction consulaire. Mari et communauté n'en sont tenus que civilement (2).

514. II. Il nous faut désormais établir la distinction des dettes mobilières antérieures au mariage et de celles qui sont réputées contractées depuis sa célébration. L'article 1409-1° ne régit que les premières. Quant aux dettes futures, elles sont soumises à une réglementation distincte écrite sous le second numéro du même article. Il importe donc de les distinguer.

Cependant, sous la communauté légale, cette distinction n'a guère d'intérêt au point de vue des dettes contractées par le mari. Quelles soient antérieures ou postérieures à la célébration du mariage, elles incombent, en effet, toujours à la communauté (3). Toutefois, si elles sont relatives aux biens propres du mari, elles ne donneront pas toujours lieu à une récompense dans les mêmes cas et au même taux. Nous nous contenterons de citer comme exemple la dette privilégiée du prix d'un immeuble acheté avant le mariage. Elle oblige le mari à une récompense envers la communauté si celle-ci l'a payée, et elle reste propre à l'époux si elle grève encore son immeuble à la dissolution de la communauté, tandis que la dette contractée par le mari au cours de cette dernière n'en reste pas moins dans le passif définitif de la

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 641, note 12, p. 84; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 593; Mérignhac, *Tr. de la comm.*, I, n. 773 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 773; Huc, *op. cit.*, IX, n. 128.

(2) Poitiers, 26 fév. 1856, S., 56. 2. 294, D., 56. 2. 176. — Rodière et Pont. *op. cit.*, II, n. 715.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 707; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 14, p. 319; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 595.

communauté, bien qu'elle soit garantie par un privilège ou une hypothèque ne grevant que des immeubles propres à l'époux.

Quoi qu'il en soit, à l'égard des dettes du mari, la distinction des dettes antérieures au mariage et des dettes futures n'a d'intérêt général que si les premières sont exclues de la communauté. Mais cette exclusion est très fréquente, puisqu'elle résulte de toute clause de séparation de dettes (art. 1510) et spécialement de la réduction de la communauté aux acquêts (art. 1498).

Quand il s'agit, au contraire, des dettes de l'épouse, la distinction des dettes antérieures au mariage est toujours importante; car, dès que le mariage est célébré, la femme devient incapable de s'obliger sans autorisation. La question de savoir à quelle date exactement la femme s'est obligée devient donc particulièrement intéressante sous la communauté légale.

En effet, lorsque les dettes que la femme a contractées avant le mariage sont exclues de la communauté, le créancier ne peut pas, en exerçant des poursuites, léser cette communauté en la privant de son droit de jouissance sur les biens propres de l'épouse (1). Au contraire, sous la communauté légale, la dette mobilière de la femme tombant en communauté, le créancier antérieur peut en poursuivre le recouvrement, non seulement sur les biens de la femme, mais encore sur les biens communs et sur ceux du mari. On comprend alors que ce dernier, s'il est surpris par la réclamation de dettes dont l'existence ne lui avait pas été révélée avant le mariage, s'il craint qu'elles aient été contractées depuis sa célébration sans son autorisation par la souscription de reconnaissances faussement datées d'avant cette époque, invoque la présomption d'antidate que l'article 1328 établit en faveur des tiers. L'article 1410 l'y autorise expressément. Dans l'espèce, ce texte traite la communauté comme un tiers.

L'article 1410 est ainsi conçu : « *La communauté n'est tenue « des dettes mobilières contractées avant le mariage par la « femme qu'autant qu'elles résultent d'un acte authentique*

(1) V. toutefois l'article 1510 al. 2 et 3. — *Infra*, II, n. 1359 s.

« *antérieur au mariage ou ayant reçu avant la même époque*
« *une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès*
« *d'un ou de plusieurs signataires dudit acte. — Le créancier*
« *de la femme, en vertu d'un acte n'ayant pas date certaine*
« *avant le mariage, ne peut en poursuivre contre elle le paie-*
« *ment que sur la nue propriété de ses immeubles personnels.*
« *— Le mari qui prétendrait avoir payé pour sa femme une*
« *dette de cette nature, n'en peut demander la récompense*
« *ni à sa femme, ni à ses héritiers.* »

515. Le premier alinéa de cet article, bien que rédigé d'une façon défectueuse, contient un renvoi certain aux articles **1319** et **1328**.

Il en résulte que le tiers, créancier de la femme, doit prouver, conformément au droit commun, que la dette a été contractée par elle avant le mariage.

S'il produit un acte pour justifier de son droit, cet acte doit être ou bien un acte authentique antérieur au mariage, qui fait foi de sa date vis-à-vis des tiers, ou bien un acte sous-seing privé. Mais ce dernier ne fera foi de sa date au regard de la communauté et du mari que par l'un des trois moyens indiqués par l'article **1328**, à savoir : l'enregistrement, la mort d'un des signataires, ou la mention dans un acte authentique.

Malgré la rédaction restrictive de l'article **1410**, on ne peut guère sérieusement soutenir que la mention de l'acte sous-seing privé dans un acte authentique antérieur au mariage, — moyen qui n'est pas expressément visé par le texte, — ne suffit pas à lui donner date certaine avant cette époque. Une telle aggravation du droit commun dans notre hypothèse ne se comprendrait point (1).

516. Mais si dans l'espèce nous ne croyons pas voir dans l'article **1410** une aggravation de l'article **1328**, nous nous refusons, avec non moins d'énergie, à n'y trouver qu'une application atténuée du droit commun. Nous n'admettons pas, — bien que la solution contraire à la nôtre ait été

(1) Marcadé, sur l'art. 1410, n. 3; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 711; Aubry et Rau, *op.*, V, § 508, texte et note 15, p. 319 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 596.

proposée dans notre ancien droit (1), — que les juges aient, en règle générale, le droit de décider, par une appréciation souveraine et libre, que, d'après les circonstances, la date de l'acte sous-seing privé leur paraît exacte (2).

Il faut s'en tenir aux principes généraux. Le créancier ayant besoin de prouver que l'engagement est antérieur au mariage, doit, s'il veut faire cette preuve à l'aide d'un acte sous-seing privé, en produire un qui ait acquis date certaine avant la célébration de l'union conjugale. La mention d'une date antérieure faite sous la seule garantie de la signature de la femme est dépourvue de toute force probante en tant que preuve écrite à l'égard du mari.

517. Cela ne veut pas dire, sans doute, que le créancier sera toujours alors dans l'impossibilité de prouver contre le mari que la dette est antérieure au mariage et incombe par suite à la communauté.

Là encore, nous devons, à l'aide du droit commun, suppléer au laconisme de l'article **1410**.

L'application de ce texte comporte, en effet, de graves restrictions. Elles se rattachent à deux ordres d'idées que voici :

Elles tiennent, d'abord, à ce que la constatation écrite de la date de l'obligation est requise seulement *ad probationem* et que, par exemple, l'aveu du mari peut y suppléer.

D'autre part, la preuve écrite de la date n'est requise que lorsque l'existence de l'obligation doit, elle-même, être établie par écrit.

518. Nous allons commencer, par cette dernière série, l'étude des limitations que comporte la première disposition de l'article **1410**. Nous pouvons en signaler dans trois cas.

519. Premier cas. — La nécessité d'une preuve écrite n'existe pas à l'égard des obligations nées d'une source autre que le contrat. Les tiers peuvent donc établir par témoins contre la communauté l'antériorité au mariage d'une obligation née

(1) Ferrière, *Coutume de Paris*, art. 221, n. 6; Pothier, *Communauté*, n. 260.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 712; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 15, p. 319; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 411; Guillouard, *op. cit*, II, n. 537; Bugnet sur Pothier, VII, p. 165, note 1; Troplong, *op. cit.*, II, n. 773. — Grenoble, 13 mai 1831, S., 32. 2. 282.

d'un délit, d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat à la charge de la femme (1). C'est ainsi qu'une succession venant à échoir à la femme avant son mariage : celle-ci sera obligée personnellement au paiement des dettes par l'effet du quasi-contrat d'acceptation de la succession. Dès lors que la femme est poursuivie en qualité d'héritière ou de légataire d'une personne décédée avant le commencement de la communauté et que l'existence de l'obligation du défunt est établie d'après les règles du droit commun, peu importe la source de cette obligation à l'égard du défunt. On ne voit pas comment le mari pourrait soutenir que cette dette peut être née contractuellement à la charge de l'épouse, au cours de l'union conjugale (2).

De même, supposons une veuve ayant accepté la communauté qui avait existé entre son premier mari et elle. Elle se remarie. Les créanciers de la première communauté poursuivant contre le second mari et la seconde communauté le recouvrement de la part des dettes à la charge de la femme, n'auront pas à subir l'application de l'article 1410. La femme n'est tenue envers eux que par le quasi-contrat d'acceptation de la communauté d'une dette contractée par le premier mari.

520. Deuxième cas. — Les obligations contractuelles ne doivent elles-mêmes être prouvées par écrit que si elles sont des dettes civiles. L'existence et la date des créances commerciales peuvent être établies par tous les moyens de preuve. Les dettes commerciales échappent à l'article 1328 et par conséquent à l'article 1410. Le créancier ne saurait être astreint, durant la communauté, à justifier de son droit par d'autres moyens de preuve que ceux qui lui étaient imposés avant le mariage de sa débitrice (3).

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 710; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 606; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 21, p. 321.

(2) Rapp. Limoges, 28 nov. 1849, S., 51. 2. 413, D., 52. 2. 70.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 713; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 20, p. 320; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 412; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 605 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 794 s. et *Rép. gén.*, Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 794 s.; Huc, *op. cit.*, IX, n. 135. — Civ. cass. 6 juill. 1853, S., 54. 1. 33. — Angers, 2 avril 1851, S., 51. 2. 529, D., 51.2.53. — Poitiers 26 fév. 1856, S., 56,

521. Troisième cas. — Les obligations contractuelles civiles ne sont elles-mêmes soumises à la nécessité d'une preuve écrite que si elles excèdent 150 francs, d'après le principe établi par l'article 1341. Au-dessous de ce chiffre, leur date, comme leur existence, peut être établie par témoins et par présomptions (1).

522. D'une manière générale, nous croyons que, toutes les fois qu'une preuve écrite de l'existence de la dette n'est pas imposée par la loi, le mari ne peut pas opposer au créancier les articles 1410 et 1328. Il en sera ainsi dans tous les cas prévus par l'article 1348 dont nous avons expliqué par avance la première partie.

Nous signalerons également, ici, les hypothèses visées par l'article 1348-4°. Il s'agit, notamment, du cas où le créancier a perdu par cas fortuit le titre qui lui servait de preuve littérale.

Mais le créancier pourra-t-il se soustraire à la règle rigoureuse des articles 1328 et 1410 à l'aide de l'article 1347 ? Pourra-t-il être admis à compléter par témoins et présomptions la preuve de l'antériorité d'une dette supérieure à 150 francs, s'il produit un commencement de preuve écrite de cette antériorité? Répondons oui, pourvu que l'acte d'où résulte ce commencement de preuve ait acquis date certaine avant le mariage.

En d'autres termes, nous suivons, dans toutes ses applications, le droit commun sur l'étendue de la règle de l'article 1328.

Mais il va de soi que la date certaine ne saurait être exigée en dehors des prévisions de cet article à l'égard des tiers qui, au lieu de se prétendre créanciers de la femme, revendiquent, comme leur appartenant, des objets possédés par

2. 594. — Caen, 6 déc. 1858, S., 59. 2. 227. — Paris, 10 juill. 1866, S., 67. 2. 42. — Rennes, 28 mai 1867, S., 68. 2. 224. — Rouen, 23 fév. 1901, Rec. du Havre, 1901. 2. 217 ; *Gaz. Pal.* 1901. 2, table n°s 3 et 4. — Paris, 26 mars 1902, *Droit*, 21 sept. 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. v° *Communauté*.

(1) Troplong, *op. cit.*, II, n. 777; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 710 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 19, p. 320; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 412 ; Guillouard, *op. cit.*, II. n. 604. — Cpr. Cour just. civ. Genève, 6 juin 1887, S., 87. 4. 27. — Cour just. civ. Genève, 29 oct. 1892, S., 92. 4. 40.

elle lors du mariage et qu'elle aurait apportés dans la communauté (1).

Il nous semble, toutefois, que l'article 1410 reprendrait son empire, et que le mari pourrait l'opposer au demandeur invoquant une obligation de restitution que la femme aurait souscrite par écrit.

23. En supposant désormais que nous soyons dans l'une des hypothèses régies par les articles 1328 et 1410, allons-nous en conclure que le créancier soit tout à fait désarmé vis-à-vis du mari ? Non, et ceci nous amène à la dernière limitation qu'il convient d'apporter au principe. Il résulte en effet, de l'article 1410 *in fine* que le créancier pourra invoquer l'aveu du mari ou même le provoquer. Il en est de la date comme de l'existence d'une obligation. Elle n'a besoin d'être prouvée que si elle est contestée, et elle ne saurait être contestée par ceux qui l'ont reconnue (2).

Nous ne parlons, bien entendu, que de l'aveu du mari. Quant à celui de la femme, il ne serait opposable au mari et à la communauté que s'il avait une date certaine antérieure au mariage.

Il va sans dire, d'autre part, que le mari ayant payé volontairement une dette de la femme, — dette dont il aurait pu contester l'antériorité au mariage, — ne peut pas répéter contre le créancier.

Pourra-t-il cependant, lors de la liquidation de la communauté, demander une récompense à la femme ou à ses héritiers ? Non, répond le dernier alinéa de l'article 1410. En payant cette dette comme chef de la communauté, le mari a reconnu que celle-ci était débitrice et, par conséquent, que la dette était antérieure au mariage. Cet aveu, exprès

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 716 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 607; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 811 et *Rép. Gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n° 811. — Limoges. 28 nov. 1849, S., 51. 2. 413, D., 52. 2. 70.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 712 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 414 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 18, p. 320 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 601. Planiol, *op. cit.*, III, 2e édit., n. 1083 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 135. — Req., 9 déc. 1856, S., 57. 1. 353, D., 56.1.452. — Poitiers, 26 fév. 1856, S., 56.2.294, D., 56. 2.176.— Besançon, 4 mars 1878, S., 79. 2. 144, D., 79. 2.48.

ou tacite, dont a bénéficié le créancier, doit également profiter à l'épouse et à ses héritiers.

Le motif de cette disposition de la loi en fixe l'étendue.

La communauté aurait, en effet, droit à une récompense, si le mari n'avait payé que sous les plus expresses réserves, déclarant faire le paiement pour éviter l'expropriation de la nue propriété des biens propres de la femme (1).

Il est évident aussi que la disposition finale de l'article 1410 ne refuse à la communauté le droit à la récompense qu'autant qu'elle serait réclamée uniquement en raison de l'absence d'une preuve certaine de l'antériorité de la dette au mariage. Une récompense serait au contraire due à la communauté, n'y eût-il même pas de réserves faites par le mari lors du paiement, si la dette était relative aux biens propres de l'épouse (2).

524. Faisant un pas de plus, supposons que la dette dont le paiement est réclamé contre la communauté du chef de la femme soit une dette contractuelle, civile, dont l'existence est établie par un acte sous signature privée, émané de l'épouse, mais dépourvu de date certaine antérieure au mariage. Supposons que le mari invoque l'application rigoureuse de l'article 1328 et de l'article 1410. Il en résultera que, vis-à-vis de lui et de la communauté, cette obligation sera juridiquement inexistante, exactement comme si elle avait été contractée sans autorisation depuis le mariage et que le mari en eût provoqué l'annulation.

Est-ce à dire que la femme puisse, elle aussi, repousser l'action du créancier en invoquant cette même présomption, à savoir que la dette est nulle comme ayant été souscrite depuis le mariage ? Non ; il existe en droit beaucoup de

(1) Marcadé, sur l'art. 1410, n. 3 *in fine* ; Odier, *op. cit.*, I, n. 157; Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, I, p. 273; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 719; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 17, p. 320; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 415 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 612 : Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 641, note 1, p. 83; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 602. Planiol, *op. cit.*, III, (2e édit.), n° 1083. — *Contra* Troplong, *op. cit*, II, n. 783.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 719 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, note 17, p. 320 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 50 *bis* ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 416 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 603.

vérités relatives. Nous en trouvons précisément ici un exemple. L'écrit qui n'a pas acquis date certaine avant le mariage ne fait pas foi de sa date vis-à-vis du mari ou de la communauté, c'est-à-dire à l'égard des tiers (art. 1328 et 1410) ; tandis que cette date est réputée sincère à l'égard de la femme, partie à l'acte (art. 1322). L'obligation, non opposable à la communauté, lie donc l'épouse comme toute obligation contractée régulièrement par elle avant le mariage, c'est-à-dire qu'elle en est tenue sur ses biens personnels (1).

Cette solution est expressément consacrée par l'article 1410, alinéa 2. En somme, l'obligation ne sera exécutoire que sur la nue propriété des biens propres de la femme, le créancier devant respecter le droit de jouissance de la communauté (2).

Ici encore, nous complétons quelque peu le texte de l'article 1410 en étendant aux propres mobiliers (3) par identité de motifs, la solution qu'il n'édicte expressément que pour les propres immobiliers de l'épouse. Il serait, en effet, injuste et illogique de soustraire à l'action du créancier de la femme

(1) Marcadé, sur l'art. 1410, n. 3 ; Rodière et Pont, *op cit.*, II, n. 716; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 16, p 319 ; Arntz, *op. cit* , III, n. 611 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 598; Huc, *op cit.*, IX, n. 136, Planiol, *op. cit.*, III, (2e édit.), n° 1084.

(2) Quand la femme s'est réservé, par une clause du contrat de mariage, le droit de toucher annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels, ces revenus peuvent-ils être saisis par un créancier de l'épouse porteur d'un acte n'ayant pas acquis date certaine antérieure au mariage ? La cour de cassation a décidé la négative (Civ. cass., 9 août 1820, S. chr.). Et en effet, la clause dont il s'agit n'empêche pas que les revenus dont la femme s'est réservé la disposition appartiennent à la communauté. Donc le créancier ne peut pas les saisir. D'ailleurs la saisie de ces revenus aurait pour résultat de faire retomber à la charge de la communauté l'entretien de la femme, auquel ils avaient pour but de subvenir. Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 717 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, note 16 ; Laurent, *op. cit.*, XXI. n. 417 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 399 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 136.

(3) Ceci ne concerne que les propres mobiliers *parfaits* dont la femme conserve la nue propriété. Quant aux propres mobiliers *imparfaits*, objet d'un quasi-usufruit, ils se réduisent à une créance de reprise contre la communauté. Il n'existe pas alors de nue propriété que les créanciers de la femme puissent saisir dans les termes de l'art. 1410. Parfois, cette distinction entre les deux sortes de propres mobiliers ne va pas sans difficulté. V. Douai, 24 décembre 1881 et l'examen dont cet arrêt a été l'objet dans la *Revue critique de législation* par J. Aubry, 1882, p. 240 à 247. — Cpr. aussi Laurent, *op. cit.*, XXIII, n° 148. — V. *supra* I, n. 480.

les propres mobiliers parfaits de celle-ci. L'obligation réputée valable à l'égard de l'épouse est exécutée sur la nue propriété de tous ses biens propres : telle est la vraie formule.

La femme serait toutefois admise à prouver, par tous les moyens, que l'écrit a été antidaté pour faire fraude à la loi, qu'elle l'a réellement souscrit au cours du mariage, et que, par suite, son engagement est nul pour défaut d'autorisation (art. 217).

525. Les explications précédentes montrent combien il importe aux créanciers d'une femme non mariée de faire acquérir date certaine aux écrits dont ils auraient besoin pour réclamer, si elle venait à se marier, leur paiement sur d'autres biens que sur la nue propriété des biens propres de leur débitrice.

526. Toute différente est la situation des créanciers du mari. Pas plus après qu'avant son mariage, il ne peut, en effet, leur opposer l'article 1328. L'écrit qu'il a signé fait foi de sa date contre lui (art. 1322). Qu'importe, en outre, entre le mari et le tiers créancier, que le billet ait été souscrit avant ou depuis le mariage ? Dans tous les cas, le mari est valablement obligé, et, sous toute communauté, — légale ou conventionnelle peu importe, — le créancier du mari a action sur les biens communs (1).

La question de savoir si la dette du mari est ou non antérieure au mariage n'aura d'intérêt qu'entre les époux lors de la liquidation de la communauté. Le mari devra, en effet, une récompense à la communauté, si la dette a été contractée avant le mariage, lorsqu'elle aura été exclue de cette communauté par le contrat. Il en devra récompense, même sous la communauté légale, si la dette était relative à ses biens propres (art. 1409-1° *in fine*). S'il s'agit au contraire d'une dette contractée par le mari au cours de la communauté, il n'en devra récompense que dans les termes de l'article 1437.

527. Dans toutes nos explications, nous avons considéré

(1) V. *infra*, I, n. 583 s. et II, n. 1319 *bis*.

comme incontestable que la célébration du mariage était le moment précis qu'il fallait envisager pour savoir si une dette était ou non antérieure au mariage, et si l'acte qui l'établit a, en temps utile, acquis une date certaine à l'égard du mari.

Ne serait-il pas cependant possible de reprendre, ici, une thèse que nous avons rencontrée sous l'article 1404 alinéa 2? C'est une thèse d'après laquelle, lorsque la communauté légale a été établie par contrat de mariage, les futurs conjoints ont eu en vue, pour l'adoption de ce régime, l'état des fortunes au moment de ce contrat, de telle sorte que tout changement ultérieur serait une contre-lettre nulle, du moins entre les époux, en ce sens qu'elle ne modifierait pas la composition active et passive de leur communauté (1).

Lebrun (2) avait soutenu une doctrine de ce genre dans l'ancien droit. Aucun jurisconsulte moderne ne l'a reprise en présence des termes précis de l'article 1409-1°. L'article 1399 ne suffit-il pas, au surplus, et n'avons-nous pas, ici encore, la preuve que l'article 1404 alinéa 2 est une disposition exceptionnelle qu'il ne faut pas étendre en dehors de ses termes (3) ?

D'ailleurs, on ne pourrait pas sérieusement exiger que les titres des obligations souscrites par l'épouse aient acquis date certaine avant le contrat de mariage, car ce serait faire remonter la puissance maritale au jour de ce contrat. Et puis, que redoute-t-on ? Nous savons que la distinction, au regard des dettes du mari, a de l'intérêt surtout pour assurer à la communauté une récompense contre cet époux, si les dettes antérieures au mariage sont exclues de la communauté. Sous la communauté légale, en effet, le mari peut l'endetter aussi bien après le mariage qu'auparavant. Il s'agirait donc surtout de protéger la communauté contre les dettes d'une importance exceptionnelle, que la femme pour-

(1) V. *supra*, I, n. 316 s.

(2) Lebrun, *Communauté*, liv. II, chap. III, sect. III, n. 2 ; Lebrun, à l'appui de sa théorie, invoque l'autorité de d'Argentré et l'article 447 de la coutume de Bretagne.

(3) V. *supra*, I, n. 316.

rait contracter dans l'intervalle de temps qui sépare le contrat de mariage de la célébration de l'union conjugale. Mais il faudrait, d'abord, savoir si la communanté n'a pas trouvé dans sa caisse l'argent ainsi emprunté. Elle aurait alors, dans une augmentation de l'actif, l'équivalent de la majoration du passif. Sans doute, si la somme a été rapidement dissipée, la communauté est lésée ; mais le même préjudice ne peut-il pas aussi résulter des combinaisons ayant précédé le contrat de mariage ?

Tout ceci ne prouve qu'une chose, c'est que la communauté légale a ses dangers et qu'il faut recourir à la séparation de dettes, si l'un des futurs époux a des instincts de prodigalité.

528. III. Il nous reste, pour en finir avec les dettes mobilières antérieures au mariage, à faire la distinction entre ces dettes selon qu'elles sont ou non relatives aux biens propres de l'un des époux.

Jusqu'ici nous avons surtout traité de l'obligation aux dettes contractées avant le mariage. Nous allons maintenant les étudier au point de vue de la contribution.

La communauté est *tenue* de toutes les dettes mobilières antérieures au mariage ; mais elle ne doit *définitivement supporter* que celles n'ayant pas procuré à l'un des époux une augmentation de son patrimoine propre : voilà l'idée nouvelle sur laquelle nous allons insister. Elle se dégage de l'article 1409-1° *in fine*.

Le législateur, après avoir considéré, relativement aux dettes antérieures au mariage, leur nature mobilière ou immobilière qui les fait entrer dans le passif commun ou qui les en exclut, veut que, parmi celles qui tombent à la charge de la communauté, il soit décidé, d'après le lien juridique qu'elles établissent avec les biens de l'époux débiteur, si cet époux devra ou non une récompense à la communauté quand celle-ci l'a libéré. Dans ce but, il nous dit qu'il est dû récompense pour les dettes *relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux*.

Observons, d'abord, qu'il n'y a pas lieu de s'attacher rigoureusement au mot *immeuble propre*, dont se sert le légis-

lateur dans cette disposition. En l'employant, il n'a songé qu'à la situation habituelle. Sous le régime de la communauté légale, en effet, il sera rare qu'il existe des propres mobiliers parfaits acquis avant le mariage. Mais s'il y en a, et que les dettes soient relatives à ces biens-là, il ne faut pas hésiter un instant à dire que la règle contenue dans l'article 1409-1° *in fine* leur sera applicable. La communauté, si elle les a payées, aura droit à une récompense. Aucune raison ne permet de limiter cette récompense au cas où le propre est un bien immobilier. L'idée : c'est que la communauté doit être remboursée de ce qu'elle a soldé pour toute dette qui a procuré à l'époux une augmentation de son patrimoine propre. Il ne serait pas juste que ce conjoint bénéficiât de cet enrichissement, en laissant au compte de la communauté, sans récompense, la dette souscrite pour l'obtenir, peu importe que le bien ainsi acquis soit un meuble ou un immeuble, et peu importe que la somme déboursée par la communauté représente une rente sur l'État ou une métairie (1).

Toute la difficulté soulevée par cette disposition de l'article 1409, se ramène à cette unique question : que faut-il entendre par *une dette relative à un bien propre ?* On peut répondre, à notre avis, que c'est toute dette qui, ayant été contractée soit pour l'acquisition d'un bien nouveau, soit pour le recouvrement, la conservation, l'amélioration ou l'affranchissement d'un bien que le conjoint possédait déjà, a procuré une augmentation ou un enrichissement au patrimoine propre de cet époux. Il va sans dire, d'autre part, — puisqu'il s'agit là de dettes antérieures au mariage, — que le bien acquis, recouvré, conservé, ayant augmenté de valeur ou affranchi, doit encore appartenir à l'époux lors de la célébration de l'union conjugale (2). Sans cela il ne s'agirait

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 739; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, p. 322; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 616; Huc, *op. cit.*, IX, n. 127.

(2) Pothier, *Communauté*, n. 239 ; Rodière et Pont, *op. cit.* II, n. 736; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 24; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 41 *bis*, VI; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 420; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 612 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 127.

pas d'un bien propre au regard de la communauté qui commence avec le mariage. D'autre part, il est nécessaire qu'un rapport juridique certain rattache la dette à ce bien, et démontre que c'est du paiement de cette dette par la caisse commune qu'est provenu l'enrichissement du conjoint.

529. Présentons désormais des applications de ces idées.

Nous considèrerons comme une dette relative aux propres des conjoints, celle du prix d'un immeuble ou d'un bien quelconque, — même d'une créance, — pourvu que ce bien ait été réservé propre, ait été acquis avant le mariage et appartienne encore à l'époux au moment de la célébration (1).

Il en sera de même d'une soulte d'échange ou de partage de biens propres.

Dans notre ordre d'idées se placent également: le supplément de prix payé au cours de la communauté, afin d'empêcher la rescision pour cause de lésion d'un achat d'immeuble conclu avant le mariage; ou le supplément en numéraire payé, en vertu de l'article 891, pour échapper à la rescision d'un partage ayant procuré des biens devenus propres sous le régime de la communauté.

La même solution est à donner à l'égard de la somme versée pour exercer le réméré d'un immeuble vendu avant le mariage, et en général pour toute somme payée par la communauté en exécution d'une convention antérieure au mariage, réservant à l'un des époux le bénéfice d'une condition résolutoire qui, si elle se réalise, lui procurera un bien propre. La condition résolutoire se trouvant accomplie rétroagira, en effet, à une époque antérieure à la célébration. L'immeuble sera censé avoir été possédé à cette époque par l'époux débiteur de la récompense (2).

Mentionnons encore les sommes dues pour l'achat de servitudes actives ou pour le rachat de servitudes passives en

(1) Pothier, *Communauté*, n. 239 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 735; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 24, p. 321; Arntz, *op. cit.*, III, n. 613; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 418 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 610.— Angers, 15 fév. 1845, D., 45. 4. 90.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 735 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 24 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 41 *bis*, VIII; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 423 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 614.

vertu de conventions antérieures au mariage (1), et aussi toute dette contractée à la même époque pour la conservation ou l'amélioration d'un bien propre et payée par la communauté (2). Sans doute, on serait tenté de dire que les sommes dues pour frais de conservation, — par exemple pour la reconstruction d'un gros mur, — n'ont procuré aucun enrichissement au propriétaire du bâtiment. Toutefois, en y réfléchissant, on constate que c'est une impense nécessaire qu'il aurait prélevée intégralement sur son patrimoine. Cette dépense lui a épargné une perte peut-être plus considérable que la valeur même du mur reconstruit. L'époux s'enrichirait donc réellement aux dépens de la communauté, s'il laissait à sa charge les déboursés occasionnés par ces travaux.

Aussi verrons-nous plus tard, en étudiant la théorie générale des récompenses, que lorsqu'il s'agit de travaux faits sur les immeubles propres au cours du mariage, la communauté doit être indemnisée, aussi bien des sommes déboursées pour la conservation, que de celles qui l'ont été pour l'amélioration des biens personnels des conjoints (art. 1437) (3).

530. Mais nous ne considérerons pas comme une dette relative aux biens propres, les frais dus pour avoir labouré ou ensemencé un champ avant le mariage. Ces frais n'ont contribué, ni à la conservation, ni à l'amélioration du fonds. Ils n'ont servi qu'à la préparation d'une récolte, à l'acquisition de revenus. Ils n'ont point été faits en vue de conserver ou d'augmenter le capital, comme l'auraient été des tra-

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 735 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 24, p. 321 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 610; Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n. 1282.

(2) Pothier, *Communauté*, n. 239 ; Toullier, *op. cit.*, XII, n. 210 ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 214 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 735 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 24, p. 321 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 610 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 418 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 127 ; Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n. 1282.— J. Seine, 30 janvier 1903, Table, G. P. 1903. 1. V° *Communauté* n. 10 (remboursement d'un emprunt contracté avant le mariage pour payer les frais de construction d'un immeuble propre au mari). V. *infra*, I, n. 837.

(3) V. *infra*, I, n. 842 s.

vaux de drainage, de clôture, de construction, etc. (1). On ajoute, parfois, que la communauté recueillant la récolte peut bien en supporter les frais. Nous ne basons pas notre solution sur ce motif. S'il était seul, nous devrions accorder une récompense à la communauté pour les sommes qu'elle paiera peut-être en raison des frais non réglés d'une série de récoltes qu'elle n'a point perçues. Or, elle ne peut rien réclamer de ce chef, pas plus qu'elle ne le peut pour le paiement du prix d'un immeuble que l'époux a aliéné avant la célébration du mariage.

531. Quoi qu'il en soit, les récompenses dont nous venons de parler, — comme toutes les autres indemnités, — ne se règlent qu'à la dissolution de la communauté, sans porter intérêt jusque-là.

Ainsi la communauté qui, pendant plusieurs années, a payé les intérêts du prix d'un bien propre acquis par un époux avant le mariage, les supportera sans recours (art. 1409-3°). Elle n'aura droit à une indemnité que pour le capital, si elle l'a déboursé (2).

D'autre part, il peut arriver que la dette relative en apparence à un bien propre de l'un des époux n'ait procuré aucun enrichissement à cet époux, et n'ait finalement augmenté que la jouissance de la communauté. Il en serait ainsi, si l'un des époux avait, par exemple, acquis, à la veille du mariage, moyennant un capital encore dû au jour de la célébration, un usufruit qui prendrait fin en même temps que la communauté, celle-ci venant à se dissoudre par la mort de ce conjoint. Dans ce cas, puisque, en fait, tout l'émolument a été recueilli par elle, nous ne pensons pas que la communauté puisse rejeter cette dette sur les héritiers du conjoint, soit directement si cette dette existe encore, soit indirectement en réclamant récompense de la somme qu'elle a déboursée pour l'éteindre (3).

Le prix d'un usufruit acquis par l'un des époux avant le

(1) Demante et Colmet de Santerre. *op. cit.*, VI, n. 41 *bis*, IX ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 419 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 612.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 736 *in fine*.

(3) Arntz, *op. cit.*, III, n. 613.

mariage ne pourrait être mis à sa charge, comme dette relative à un bien propre de cet époux, que dans la mesure dans laquelle il aurait joui de cet usufruit avant le commencement de la communauté ou après sa dissolution.

532. Mais, dans ces deux hypothèses, des difficultés graves peuvent s'élever sur l'évaluation de la récompense due à la communauté si elle a payé le prix intégral de l'usufruit, ou due par la communauté si ce prix n'est pas encore soldé. Nous retrouverons des questions identiques en étudiant la théorie des récompenses dues par la communauté à raison de la transformation, pendant sa durée, d'un bien propre en un usufruit ou en une rente viagère. Nous pouvons en ajourner l'examen (1), en nous réservant aussi de rechercher, plus tard, dans quelle mesure il sera dû récompense à la communauté pour le paiement des arrérages d'une rente viagère servant de prix à un bien propre acquis avant le mariage, cette rente comprenant évidemment dans chaque annuité, avec les intérêts du prix, une partie du capital qui se trouve ainsi payé par fractions (2).

Nous ajournons ainsi l'examen de la fixation du taux de la récompense. En général, celle-ci est du montant de la dette payée pour l'époux par la communauté. Ne peut-elle pas toutefois être moindre ? Nous venons de voir qu'il n'est rien dû à la communauté pour ce qui n'a procuré qu'une augmentation temporaire de jouissance sans que la valeur vénale du fonds en ait été augmentée, parce qu'il ne s'agissait que de la préparation d'une ou de plusieurs récoltes, ou d'une série d'annuités que la communauté a toutes recueillies. Il en serait de même en cas de paiement d'impenses purement voluptuaires. Mais que faut-il décider à l'égard des dettes contractées par un des futurs conjoints pour grosses réparations, ou pour améliorations faites à des immeubles qu'il possède encore lors de la célébration du mariage? La communauté a-t-elle droit au remboursement intégral de ce qu'elle a déboursé pour le paiement de ces dettes, sans distinction

(1) V. *infra*, I, n. 815, 824.
(2) V. *infra*, I, n. 851.

entre celles qui correspondent à des impenses nécessaires et celles qui ont pour objet des impenses utiles? Ceux qui s'attacheraient rigoureusement à ce principe, à savoir que l'époux doit récompense du paiement des dettes relatives à ses immeubles propres à cause de l'enrichissement procuré à son patrimoine immobilier lors de la naissance de cette dette, ceux-là semblent conduits logiquement à décider que l'époux ne doit récompense que dans la mesure de cet enrichissement. Il nous semble toutefois que, dans notre hypothèse, la communauté a toujours droit au remboursement intégral de ses déboursés. N'est-ce pas le conjoint lui-même et lui seul qui a commandé la dépense? Il nous paraît dès lors difficile d'étendre ici la distinction généralement adoptée sur l'article 1437, et à laquelle nous nous rallierons nous-mêmes. D'après cette distinction, il n'est dû récompense à la communauté que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant des améliorations procurées aux immeubles propres *pendant cette communauté*. Mais nous verrons plus tard les motifs particuliers de cette dernière solution (1), spécialement celui qui est déduit de ce que le mari, chef de la communauté, est considéré comme ayant usé de son droit de dissiper, sans en avoir à rendre compte, tout ce qui, dans la dépense par lui faite, excède la plus-value procurée à l'immeuble amélioré.

533. On a essayé, mais en vain, de soutenir, dans une espèce particulière, que l'un des époux ne devait pas récompense à la communauté du prix d'un de ses biens propres acquis avant le mariage. Voici l'espèce. A une époque quelconque antérieure au mariage, l'un des conjoints a vendu un immeuble et en a acheté un autre. Il se marie sous le régime de la communauté légale, avant d'avoir payé le prix du propre acheté, mais aussi sans avoir encaissé celui de l'immeuble vendu. Les principes que nous venons d'exposer conduisent à ce double résultat, à savoir que la créance du prix de l'immeuble aliéné appartient à la communauté sans

(1) V. *infra*, I, n. 842 s., spécialement n. 844.

récompense, cette communauté ne soldant que sauf récompense le prix de l'immeuble acheté.

On se récrie, et l'on prétend que cette solution est inique. Cela n'est pas exact. Celui qui adopte la communauté légale doit, en effet, savoir que toutes ses valeurs mobilières tomberont dans la caisse commune. S'il voulait se réserver propre le prix de l'immeuble aliéné, il devait le stipuler. En fait, même, nous pouvons ajouter deux considérations. D'une part, ceux qui possèdent se marient rarement sans un contrat de mariage qui restreint plus ou moins la communauté légale. D'autre part, si l'époux qui se plaint a pu ignorer une des conséquences de ce régime, ce n'est pas celle qui fait tomber en communauté toutes les créances, mais plutôt celle qui l'oblige à payer la récompense du prix d'acquisition soldé par la caisse commune. Il aurait dû mieux se renseigner : voilà tout ce que l'on peut dire. On essaye, il est vrai, de venir à son secours en établissant une corrélation entre la dette du prix qu'il doit et la créance du prix qui lui est dû. Mais cette corrélation ne pourrait être qu'un remploi avant le mariage, et le code ne connaît pas cette institution. On insiste, cependant, en prétendant qu'il faut admettre, dans l'espèce, une sorte de compensation. Nous avouons ne pas apercevoir les circonstances spéciales qui la pourraient justifier. On ne tend à rien moins, d'ailleurs, qu'à proposer comme thèse générale que l'époux qui, lors du mariage, a des dettes relatives à des biens propres, n'en devrait récompense que sous la déduction des créances nées de l'aliénation des droits qui auraient été propres s'il les avait conservés.

Ces deux thèses nous semblent également inadmissibles. Elles restreignent arbitrairement la portée de l'article 1409-1°. De plus, elles compliqueraient beaucoup le régime de communauté légale dont elles modifieraient profondément l'économie traditionnelle (1).

(1) Glandaz, *Encyclopédie*, v° *Communauté*, n. 140 ; Taulier, *op. cit.*, V, p. 70, Troplong, *op. cit.*, II, n. 709 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 737 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 822, et *Rép. gén.*, Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 822 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 127 *in fine*.

534. Nous n'en avons point encore fini avec les questions que soulève l'interprétation des mots : *dettes relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux*, écrits dans l'article 1409-1° *in fine*.

Faut-il, en effet, ranger parmi ces dettes : celles qui grèvent les successions purement immobilières recueillies avant le mariage par l'un ou l'autre des conjoints ? ses dettes hypothécaires ? ou encore la dot qu'il avait promise à un enfant issu d'un précédent mariage ?

Parlons, d'abord, des dettes qui grèvent les successions immobilières. Parmi ces dettes, il convient de mettre hors de cause celles qui, aux termes de l'article 2103, sont garanties par un privilège, comme celui du vendeur d'immeubles, du copartageant, de l'architecte ou des ouvriers. Ces sortes de dettes nous paraissent incontestablement relatives aux immeubles spécialement affectés à leur paiement. Elles sont nées à l'occasion de ces immeubles. Leur cause, leur origine est attestée d'une manière permanente, par le nom même du privilège qui les garantit (1).

Cette réserve faite, il nous semble difficile de considérer comme dettes relatives aux biens propres toutes celles qui grèvent une succession immobilière échue à l'un des époux avant le mariage. Autrement, il faudrait aussi considérer comme relatives aux propres une partie des dettes d'une succession comprenant tout à la fois des meubles et des immeubles. En un mot, la répartition proportionnelle du passif des successions, faites entre l'époux et la communauté par les articles 1411 à 1417, devrait s'appliquer aux successions recueillies avant le mariage. Puis, on serait logiquement obligé d'accepter la même solution pour les acquisitions par donations ou legs recueillis avant la communauté (art. 1418). Or, il semble que le législateur a entendu n'édicter les articles 1411 à 1418 que pour les successions, donations ou legs recueillis au cours de la communauté. Et d'ailleurs, est-il vrai de dire que toutes les dettes d'une succession purement

(1) Faudrait-il étendre cette décision, d'une part, à la créance garantie par une hypothèque conventionnelle et, d'autre part, aux créances chirographaires nées à l'occasion d'un immeuble ? V. *infra*, I, n. 535.

immobilière sont par cela seul relatives aux immeubles composant cette succession ? L'article 1409-1° ne résiste pas moins que les articles 1411 et suivants, à cette interprétation. Nous avons vu, en effet, que l'article 1409-1° doit être entendu en ce sens qu'il accorde une récompense à la communauté en tenant compte de la situation qui existe au moment de la célébration de l'union conjugale. Il faut qu'à cette époque-là il y ait une corrélation juridique entre le bien qui va rester propre à l'époux et la dette pour laquelle il devra récompense. L'époux ne peut pas rompre cette corrélation, garder le bien en laissant à la communauté, par exemple, la charge du prix qu'il a coûté. Or, il n'en est pas ainsi des dettes d'une succession acceptée sans bénéfice d'inventaire. L'héritier pur et simple devient débiteur personnel de toutes les dettes de la succession. Désormais ces dettes font partie de son passif personnel. Aucun lien juridique, du moins en raison de la transmission héréditaire, ne les rattache à tels ou à tels biens. Il en va tout autrement d'un prix d'achat, d'une soulte de partage ou d'échange qui, lors du mariage, sont toujours le prix total ou partiel de tels immeubles déterminés, et grèvent même ces immeubles d'un privilège de vendeur ou de copartageant (1).

535. La communauté n'est-elle tenue que sauf récompense des dettes hypothécaires grevant les biens propres des époux lors de la célébration du mariage ? Doit-elle, au contraire, les supporter définitivement?

Si, par exemple, l'immeuble hypothéqué a été vendu et le prix employé à payer la dette, l'époux ainsi évincé a-t-il un recours contre la communauté ?

Dans la première édition de cet ouvrage, nous n'avions consacré que quelques lignes à ce problème. Nous nous étions bornés à résumer, comme paraissant définitivement établie, la doctrine enseignée par Laurent (2) et M. Guil-

(1) Douai, 6 janv. 1846, S., 46. 2. 533, D., 46. 2. 217. — J. Troyes, 16 mars 1883, S., 84. 2. 71. — Marcadé, sur l'art. 1409, n. 2; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 743; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, §508, texte et note 25, p. 321; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 624. — *Contra* Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 234.

(2) *Op. cit.*, XXII, n. 473.

louard (1), d'autant mieux qu'elle avait été consacrée par diverses décisions émanées des Cours d'appel de Paris et de Rennes (2).

Par un arrêt du 22 décembre 1898, rapporté dans la *Revue critique de législation* (3), en note sous un article de M. Chauveau qui l'approuve entièrement, la Cour de Rennes a modifié sa jurisprudence antérieure (4).

La question mérite donc un nouvel examen. La dette hypothécaire est-elle une dette relative à l'immeuble hypothéqué ? La communauté aura-t-elle droit à une récompense si elle l'a payée ? N'est-elle exposée à aucun recours si cette dette a été acquittée par l'époux ?

Il faut, pour répondre à ces questions, distinguer deux hypothèses.

La première ne donne lieu à aucune difficulté : c'est celle où l'immeuble de l'un des époux est hypothéqué pour la dette d'autrui, cet époux étant tenu, soit comme caution réelle, soit en qualité de tiers détenteur. Le conjoint n'étant pas débiteur personnel, il n'existait, de ce chef, lors de la célébration du mariage, aucune dette mobilière pouvant tomber en communauté. Si, pour libérer l'immeuble de la charge réelle qui résulte de l'hypothèque, il a été pris une somme quelconque dans la caisse commune, l'époux propriétaire de cet immeuble est tenu d'une récompense envers la communauté en vertu de l'article 1437. Cette solution était déjà bien mise en lumière par nos anciens jurisconsultes (5). Elle ne soulève pas plus de doute dans notre droit actuel (6).

(1) *Op. cit.*, II, n. 609 s., spécialement n. 611. — Cpr. Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 82 *bis*. — V. cependant n. 84 *bis*, IX.

(2) Paris, 18 mars 1872, S., 72. 2. 44, D., 73. 2. 19. — Rennes, 1er mai 1894 *Rev. crit.*, 1899, en note, p. 171. — V. également Rennes, 31 déc. 1897, *Rev. crit.*, 1899, en note, p. 172. Ces deux arrêts sont reproduits en sous-note dans Sirey 1901. 2. 169.

(3) Année 1899, p. 174.

(4) S., 1901. 2. 169, note Blondel. — V. également Douai, 6 janv. 1846, S., 46. 2. 533.

(5) V. Pothier, *Communauté*, n. 237.

(6) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 508, texte et note 13. — V. également *supra*, I, n. 510-2, et *infra*, I, n. 846.

La seule hypothèse délicate est celle dans laquelle l'un des époux est débiteur personnel de la dette garantie par une hypothèque ou un privilège sur son immeuble propre.

Le caractère mobilier des dettes hypothécaires dont l'objet est une somme d'argent, ne saurait être contesté (1). Ces dettes entrent dans le passif de la communauté; mais sont-elles *relatives* aux immeubles grevés ? L'hypothèque établit-elle un lien juridique suffisant entre la dette et l'immeuble pour permettre de dire que, en la payant, la communauté a droit à une récompense ? Au contraire, cette dette est-elle entrée dans le passif définitif de la communauté, de telle sorte que, si l'immeuble de l'époux a été saisi par le créancier hypothécaire, la communauté en doive récompense à cet époux ? Là est le point délicat du problème.

Sans doute, tout le monde admet qu'il faut considérer comme dettes relatives à un immeuble, celles qui ont eu pour *cause* son acquisition, son affranchissement, son recouvrement et son amélioration (2). L'accord existe même sur les principales applications de ce principe. Il s'agit du paiement du prix d'acquisition, d'une soulte, des frais de grosses réparations, etc... Nul n'a songé à exiger que de semblables dettes fussent rattachées à l'immeuble par un droit réel de privilège ou d'hypothèque. Ce serait, en effet, restreindre, de la façon la plus fâcheuse, le sens de l'article 1409-1° que de ne considérer, comme relatives à un immeuble, que les seules dettes dont le paiement est *garanti* par cet immeuble.

Il s'agit seulement de savoir si, à côté des dettes nées à l'occasion de l'acquisition, de l'affranchissement, du recouvrement et de l'amélioration de l'immeuble, on ne doit pas placer comme étant dettes *relatives* aux biens propres au sens de l'article 1409-1°, les dettes qui y étaient rattachées par un lien réel tel qu'un privilège ou une hypothèque.

Laurent (3) a cru devoir assimiler l'affranchissement d'une servitude à l'extinction d'une hypothèque.

(1) V. Pothier, *Communauté*, n. 236, et *supra*, I, n. 510-2.

(2) V. Aubry et Rau *op. cit.*, V, § 508, texte et note 24; Huc, *op. cit.*, IX, n. 127; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 41 *bis*, V, et 82 *bis*.

(3) *Op. cit.*, XXII, n. 413.

Une telle interprétation est-elle donc contraire soit à la lettre de l'article 1409-1°, soit aux traditions de l'ancien droit, soit à la logique et à l'équité ?

Interrogeons d'abord la tradition. Autrefois, toute obligation reconnue dans un acte authentique emportait hypothèque générale sans autre stipulation (1). Tous les biens du débiteur se trouvaient ainsi grevés par des hypothèques générales occultes (2). Cette situation a été profondément modifiée tant par la loi du 11 brumaire an VII que par le code civil. Dans l'ancien droit, il eût été difficile de considérer comme relative aux immeubles toute dette hypothécaire. Presque toutes étaient garanties par une hypothèque générale, si bien que les dettes antérieures au mariage se seraient trouvées presque toutes rejetées sur l'époux débiteur. Aujourd'hui, il n'en est plus de même, du moins si l'on envisage la situation hypothécaire des personnes qui vont contracter mariage. On ne rencontrera qu'à titre tout à fait exceptionnel les hypothèques légales établies par l'article 2121.

Mais, au point de vue de la composition du passif de la communauté et du droit à la récompense stipulé par l'article 1409-1°, il n'apparaît guère, à première vue, que les rédacteurs du code civil aient tenu compte de ce profond changement.

Il importe, cependant, de ne pas oublier une modification législative grave qui se rattache directement à notre ordre d'idées. Elle concerne les rentes. Autrefois celles-ci étaient, en général, considérées comme immeubles. D'autre part, en raison de la prohibition du prêt à intérêt, les emprunts affectaient jadis la forme d'une constitution ou d'une cession de rente. Nos législateurs de 1804 comprirent fort bien que l'emprunt hypothécaire allait désormais remplacer les constitutions de rentes. « L'usage des constitutions de rentes est presque entièrement tombé », disait, au conseil d'État, Cambacérès qui en indiquait très nettement les raisons (3).

(1) V. not. Basnage, *Hypothèque*, ch. IV, p. 35.
(2) Denisart, v° *Hypothèque*, n. 31.
(3) V. Locré, XIII, p. 189.

Or, la coutume de Paris, dans son article 244 (1), décidait, d'une façon générale, que lorsqu'une rente due sur l'héritage d'un des conjoints avant le mariage est rachetée au cours de l'union conjugale, un semblable rachat est réputé conquêt. De cette solution, Ferrière (2) conclut que, quand même la rente constituée serait meuble d'après la loi du domicile du créancier, on se garderait de la regarder comme une dette mobilière tombant dans la communauté. L'époux libéré ou ses héritiers devraient, une fois la communauté dissoute, fournir une indemnité ou récompense, non en capital, mais seulement en continuant le service de la rente, solution commandée par l'équité.

On conçoit, dès lors, pourquoi nos anciens auteurs se gardaient de dire que la communauté aurait droit à une récompense pour le paiement de toutes les obligations hypothécaires antérieures au mariage. Les rentes qui correspondaient alors à la majeure partie de ce que les économistes appellent aujourd'hui le passif hypothécaire, ne tombaient pas à la charge de la communauté.

Dès lors, les praticiens et les jurisconsultes n'avaient plus à se préoccuper que d'alléger la communauté de quelques dettes comme celle du prix d'un immeuble acquis avant le mariage, mais payé seulement depuis sa célébration. A s'en tenir aux principes et au texte de la coutume, c'était une dette mobilière à la charge de la communauté. Mais il parut trop dur qu'un conjoint fît payer à cette communauté le prix d'un héritage qu'il retient pour lui seul à titre de propre (3). On citait en ce sens divers arrêts dont le plus ancien date du 1er mars 1367. Les auteurs, non sans hésitation parfois, approuvaient cette dérogation aux principes (4).

Pothier aborde ainsi la question : « On a coutume d'apporter une exception au principe que toutes les dettes mobilières dont chacun des conjoints est débiteur lorsqu'il contracte mariage, sont une charge de la communauté. Cette exception

(1) Rapp. *supra*, I, n. 315.
(2) *Corps et compilation sur la coutume de Paris*, art. 221, § 1er, n. 9.
(3) Pothier, *Communauté*, n. 239.
(4) V. not. Renusson, *Communauté*, part. I, ch. x, n. 20 s., surtout n. 22 et 26.

concerne les dettes mobilières qui ont pour cause le prix d'un propre de communauté (1). »

Un peu auparavant, dans son Traité de la communauté (2), le savant jurisconsulte du XVIII[e] siècle, après avoir dit que la dette garantie par une hypothèque n'en est pas moins mobilière, ajoute que, par suite, « les dettes *accompagnées d'hypothèque* telles que celles pour lesquelles il y a un acte devant notaire ou une sentence... sont une charge de la communauté des conjoints ».

Quant aux rentes constituées à prix d'argent, Pothier, au n° 246 de son Traité de la communauté, détermine leur nature selon la loi du domicile du créancier. Il décide que si la rente est mobilière parce qu'elle est due à un crédi-rentier dont la coutume du domicile admet ce caractère mobilier, elle est une dette mobilière qui doit entrer dans la communauté légale du débi-rentier, habitât-il sur le territoire d'une coutume où la rente a le caractère immobilier (3). Il est vrai que dans son Introduction au titre X de la coutume d'Orléans (4), notre auteur ne distingue plus. « Les rentes dont chacun des conjoints est débiteur, déclare-t-il, ne sont point réputées dettes mobilières, si ce n'est pour les arrérages qui sont échus. »

Il est enfin un passage de Bourjon qui nous semble mériter une mention particulière. Les capitaux des rentes dues par les conjoints avant leur mariage, y est-il déclaré, ne tombent pas sur la communauté, parce que c'est la charge naturelle des immeubles (5).

En présence de ces traditions, qui n'ont peut-être pas la simplicité et la netteté qu'elles semblent avoir au premier abord (6), les rédacteurs du code civil se sont bornés à donner, dans l'article 1409-1°, cette formule, à savoir que récom-

(1) V. Pothier, *Communauté*, n. 239.
(2) V. n. 236.
(3) Cpr. Lebrun, *Communauté*, liv. I, ch. v, n. 35.
(4) N. 25.
(5) V. Bourjon, *Dr. commun de la France*, I, 3[e] part., *De la communauté*, p. 547 (édit. de 1770).
(6) V. not. Ferrière, *Corps et compilation sur la Cout. de Paris*, sur l'art. 221, § 1. — Cpr. les n. 10, 11, 8, 9, 15 s,

pense serait due pour les dettes mobilières *relatives aux immeubles* propres. La disposition ainsi libellée est très large. Jusqu'où faut-il l'étendre ?

Dans une première doctrine, formulée notamment par Duranton (1) et Rodière et Pont (2), toutes les dettes mobilières dues au jour du mariage, par l'un ou par l'autre époux, même garanties par hypothèque sur les immeubles du conjoint débiteur, tombent en communauté sans récompense. Une récompense n'est due que pour les dettes relatives aux biens propres, en raison de leur cause ou de leur origine.

C'est à peu près le langage de Pothier, mais avec une double différence pratique. D'une part, les dettes les plus importantes ne sont plus, comme autrefois, exclues de la communauté, car toutes les rentes sont devenues mobilières, et on ne fait guère plus que des emprunts hypothécaires à terme. D'autre part, en vertu de l'article 1409-1°, les dettes relatives aux immeubles entrent provisoirement en communauté.

Beaucoup d'auteurs se bornent à constater que la dette hypothécaire n'en est pas moins mobilière, sans rien ajouter de plus, ni s'expliquer sur notre question.

Dans une autre opinion, on raisonne ainsi : La formule « *dettes relatives aux immeubles propres* » n'est-elle pas aussi large que possible ? Elle exige une *relation* entre l'immeuble et la dette. Mais le législateur s'est gardé de préciser le genre de relation qui doit exister. Il n'a point déclaré qu'il faudrait s'en tenir *exclusivement* à l'examen de la cause de la dette. Ne suffit-il pas que l'immeuble propre ait été spécialement affecté au paiement d'une dette ? Ceci peut faire considérer

(1) *Op. cit.*, XIV, n. 217.

(2) *Op. cit.*, II, n. 733. — Aubry et Rau, quelquefois invoqués en ce sens, se contentent de dire que la communauté a droit à récompense pour le montant des sommes qu'elle a déboursées, « soit à l'effet d'assurer à l'un des époux la possession de ses propres, soit dans le but de les *affranchir de charges dont ils étaient grevés* ». Mais ils ne citent en note comme exemple que le rachat de servitudes réelles. Ils excluent de l'application de la règle le rachat d'un usufruit, rachat constitutif d'un conquêt de communauté, et passent sous silence le cas d'extinction d'une hypothèque.

comme insuffisant le lien qu'une hypothèque judiciaire établit entre la dette et tous les immeubles présents et à venir du débiteur. On serait conduit ausi logiquement à exclure comme insuffisante la relation juridique résultant des hypothèques légales générales, telles que celles des femmes mariées, des mineurs ou des interdits. Elles rappellent trop par leur caractère, sinon par leur nombre, les dettes hypothécaires que la pratique ancienne n'avait pas songé à laisser à la charge de l'époux. Mais est-il excessif d'envisager comme relative à un immeuble une dette par cela seul qu'elle est garantie, sur ce bien, par l'affectation résultant d'un privilège de vendeur, de copartageant, d'architecte, par l'hypothèque simple résultant de ce qu'un semblable privilège a été tardivement inscrit (art. 2113), ou même par une hypothèque conventionnelle nécessairement spéciale ? On peut remarquer que la plupart des créances ainsi énumérées ont précisément pour *cause* l'acquisition ou l'amélioration de l'immeuble. Peut-être objectera-t-on que ces créances sont relatives à l'immeuble, sans qu'il soit utile d'invoquer le privilège ou l'hypothèque pour justifier d'une relation que l'origine même de la créance établit dans les conditions exigées par l'article 1409-1°. Cependant, qu'on y prenne garde. Si la dette remonte aux auteurs du conjoint, si ce n'est pas lui qui a contracté la dette garantie par le privilège, la thèse que nous exposons permet d'éviter une sérieuse difficulté. Les partisans de la première doctrine semblent supposer que la dette relative à l'immeuble a été contractée par le conjoint lui-même avant son mariage. N'y aura-t-il donc pas de dettes *relatives* aux immeubles parmi celles qui grevaient les successions par lui recueillies ? On enseigne, généralement (1), que le conjoint est devenu débiteur personnel de toutes les dettes comprises dans une succession, et que ces dettes ne peuvent pas être considérées comme dettes relatives aux immeubles héréditaires, quand même la succession serait purement immobilière. Ce conjoint ne pourra-t-il pas, du moins, parmi ces dettes, faire

(1) V. not. Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 743. — Rapp. *supra*, I, n. 534.

traiter comme relatives à tels immeubles, celles qui sont nées à l'occasion d'immeubles déterminés dont elles sont, par exemple, le prix ?

Il faut avouer que —si, l'hypothèque judiciaire étant supprimée et les hypothèques légales spécialisées, il n'existait plus que des hypothèques grevant spécialement certains immeubles, — le second système serait bien préférable au premier (1).

On vient de voir combien le fardeau des dettes antérieures au mariage est plus lourd qu'il ne l'était jadis pour la communauté légale. La liste des biens mobiliers qui peuvent grossir l'actif est, il est vrai, quelque peu allongée. De plus, dit-on, il est si aisé de faire un contrat de mariage pour peu qu'il y ait certitude ou même soupçon de son utilité ! Mais, n'est-ce pas oublier que la communauté légale est le régime imposé à ceux dont le contrat de mariage est nul, et que ce régime sera d'ordinaire celui du prodigue et du faible d'esprit? Et puis, combien y a-t-il de personnes qui reculent, — à tort, sans doute, — devant les frais d'un contrat de mariage, à raison de leur situation embarrassée. D'autre part, que d'illusions ! Si l'actif est trop souvent grossi, il n'est pas rare, en revanche, que les plus grosses dettes aient été soigneusement dissimulées.

En fin de compte, les termes si vagues de l'article 1409-1° *in fine* sont de ceux qui se prêtent à une large intepréta-tion. L'hypothèque affecte d'une manière particulière l'immeuble au paiement de la dette. Elle le suit en quelque main qu'il passe. Il est certain alors qu'elle est relative à l'immeuble. Le paiement de la dette hypothécaire n'*affranchit*-il pas l'immeuble hypothéqué? D'ailleurs, l'article 2209 ne fait-il pas une distinction concluante, parmi les immeu-

(1) N'évite-t-il pas de graves difficultés de règlement à supposer que l'époux, avant son mariage, ait non seulement hypothéqué son immeuble pour la dette d'autrui, mais que de plus, il ait contracté un engagement personnel comme caution de cette même dette? Les partisans du premier système mettront-ils ou non, dans ce cas, la dette à la charge de la communauté sans récompense? question qui ne manque pas d'intérêt, surtout si le débiteur principal est insolvable. Dans le sens de l'affirmative, voir Rodière et Pont II, 2e édit. n. 733.

bles du débiteur, entre ceux qui sont hypothéqués et ceux qui ne le sont pas, ces derniers ne pouvant être saisis qu'en cas d'insuffisance des premiers ? Et nous considérerions que le mobilier qui tombe en communauté est aussi énergiquement grevé de la dette hypothécaire que l'immeuble hypothéqué !

L'interprétation extensive des mots « dettes relatives aux immeubles propres » avait semblé prévaloir avec l'arrêt de la Cour de Paris en 1872 et les deux arrêts de la Cour de Rennes de 1894 et 1897 précités (1). Elle continuait le mouvement d'*équité* (2) inauguré jadis malgré le silence de l'article 221 de la Coutume de Paris, par analogie avec la disposition de l'article 224 de la même coutume qui n'exceptait que les rentes. Ce mouvement est-il arrêté par le revirement qui s'est produit, en 1898, dans la jurisprudence de la Cour de Rennes ? Il serait à désirer, en présence de ces variations, qu'il intervînt sur notre question une décision de la Cour suprême.

En tout cas, il semble bien que la tendance générale soit plutôt de restreindre que d'étendre le passif de la communauté, et de réagir contre tout système qui augmenterait le poids si lourd que l'article 1409-1° fait peser sur elle. Les immeubles présents sont tous réservés propres à chacun des époux. Est-ce trop demander que chacun conserve son passif hypothécaire et ne rejette sur la communauté que ses dettes courantes et son passif chirographaire ?

En général, les projets de réformes tendent, d'ailleurs, vers une solution plus radicale, substituer, comme régime légal, la communauté d'acquêts à la communauté de tous meubles et acquêts.

536. Quoi qu'il en soit, on ne saurait considérer comme rentrant dans les termes de l'article 1409-1° *in fine* la dot payée pendant le mariage, mais constituée auparavant par l'un des époux au profit d'un enfant d'un premier lit (3).

(1) V. *supra*, I, p. 478, note 2.

(2) Ferrière, *Corps et compilation sur la coutume de Paris*, art. 221, § 1, n. 10 et 11.

(3) V. cependant Troplong, *op. cit.*, II, n. 714 ; Rodière et Pont. *op. cit.*,

Il est évident qu'on ne peut constater aucune relation juridique entre tel ou tel bien propre et une dette de ce genre, à moins qu'elle ne soit accompagnée d'une constitution d'hypothèque. Dette chirographaire, la dette résultant d'une constitution de dot antérieure au mariage n'est donc pas une dette relative aux propres du constituant. Mais M. Guillouard (1) pose bien le problème dans les termes que voici : « Doit-on placer sur la même ligne que les dettes relatives à des biens propres, celles qui procurent à l'époux un *avantage exclusif* ? » Ou bien encore, selon une autre formule (2) : « L'article 1409-1° doit-il s'appliquer lorsque l'un des époux, au moyen des deniers de la communauté, fait face à une obligation qui lui était *absolument personnelle ?* » Plus tard, nous préciserons le sens de l'article 1437, commenté, quant à la constitution de dot, par les articles 1438, 1439 et 1469 (3).

En tout cas, il nous paraît difficile, à l'aide de ces textes écrits en vue seulement des constitutions de dot faites pendant le mariage du constituant, d'étendre l'article 1409-1° au point de généraliser l'obligation de payer une récompense pour les dettes *relatives aux biens propres,* en la transformant en une obligation de payer une récompense pour toute dette qui a procuré à l'époux un *avantage exclusif,* ou pour toute obligation qui lui est *absolument personnelle.* Car, en présence d'une formule ainsi élargie, pourrions-nous logiquement refuser, comme nous venons de le faire (4), une récompense à la communauté pour le paiement de toutes les dettes des successions ou donations purement immobilières recueillies avant le mariage? Est-il donc possible d'imaginer un avantage plus exclusif pour l'époux ?

II, n. 741 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 615 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 829 et 1521. — Bastia, 31 janv. 1844, *J. Pal.*, 44. 1. 481. — Dans le sens de notre doctrine, Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 287 ; Boileux, *Commentaire sur le code civil*, V, n. 216.

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 615.

(2) Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 829 et *Rép. gén.*, Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 829. Cpr. Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 741.

(3) V. *infra*. I, n. 861 s.

(4) V. *supra*, I, n. 534.

Puis, une fois engagé sur cette pente, où devra-t-on s'arrêter ? Avant le mariage, est-ce que toutes les dettes dont l'époux est débiteur principal ne lui sont pas absolument personnelles ? A moins d'emprunter pour autrui, ne s'oblige-t-il pas dans son intérêt exclusif ? Nous nous demandons également si l'on étendrait aux constitutions de dot faites au profit d'un collatéral ou d'une personne non parente la solution que l'on formule seulement pour la dot constituée en faveur de l'enfant d'un précédent mariage.

Ce qui, dans l'espèce, paraît avoir entraîné la solution proposée, est l'importance relative de la dette. Mais il n'y a jamais lieu évidemment de tenir compte de cet élément. On peut seulement exprimer le regret que l'article 1469 ne vise que l'hypothèse d'une constitution de dot faite durant la communauté.

Serait-ce l'idée d'avancement d'hoirie qui fournirait l'argument décisif ? Si oui, il faudrait modifier la solution et décider que toute donation de somme d'argent consentie avant le mariage au profit d'un héritier présomptif obligerait au paiement d'une récompense, si elle était payée pendant la communauté. Puis, comment distinguer entre la donation soumise au rapport et celle qui en est dispensée ? Qu'importe à la communauté que la donation soit ou non faite à un héritier présomptif ? La dette sera-t-elle moins personnelle à l'époux ? Lui procurera-t-elle un avantage plus ou moins exclusif ? Nous voici fatalement amenés à distinguer, à étendre l'obligation de la récompense à toutes les dettes contractées à titre gratuit. Nous voici conduits à distinguer entre elles et les dettes contractées à titre onéreux. En effet, on peut espérer que l'avantage tiré de ces dernières n'aura pas été épuisé avant le mariage, que la somme empruntée n'aura pas été entièrement dissipée et qu'il en reste quelque chose dans les valeurs mobilières que la communauté recueille. Il est certain, au contraire, que l'avantage moral résultant d'une donation par lui faite est personnel à l'époux. La communauté n'en recueille rien. En ce sens, on peut dire au conjoint que la dette à titre gratuit a été contractée à son avantage exclusif. Mais qui oserait, en présence de nos textes et des traditions,

proposer d'admettre que toutes les dettes mobilières contractées à titre gratuit avant le mariage donneraient lieu à récompense, quand même elles ne seraient pas relatives à des biens propres de l'époux donateur, donataire, légataire ou héritier ? Peut-être serait-ce améliorer notre communauté légale. Ce serait, en tout cas, la modifier.

§ III. *Dettes des successions, donations ou legs échus à l'un des époux pendant le mariage.*

537. Nous abordons ainsi l'étude des dettes contractées pendant le mariage. Pour dégager de certaines complications le problème que soulèvent ces dettes, il nous paraît utile de traiter d'abord des dettes dont sont grevés les successions, donations ou legs recueillis au cours de la communauté.

538. Dans cet ordre d'idées, il ne s'éléverait aucune difficulté spéciale si la donation ou le legs s'adressait directement à la communauté. Celle-ci, ayant tout l'émolument de la libéralité, devrait supporter toutes les dettes et charges dont elle serait grevée. Quant aux créanciers, ils auraient action sur les biens du mari comme sur les biens communs, en vertu du principe que nous avons indiqué déjà. Ils n'auraient aucun droit sur les biens de la femme.

539. Si la libéralité était adressée aux deux époux personnellement, elle équivaudrait en réalité à deux libéralités faites, l'une au mari, l'autre à la femme, chacune d'elles étant régie comme si elle existait seule.

540. Nous n'avons donc, — ainsi que l'intitulé de notre paragraphe l'indique, — qu'à étudier l'hypothèse d'une libéralité faite ou d'une succession dévolue à l'un des époux.

La réglementation spéciale des dettes des successions échues à l'un des conjoints pendant le mariage est fort intéressante à étudier dans notre code civil. Elle s'y trouve formulée dans sept articles (art. 1411 à 1417). Ces textes présentent, d'abord, l'avantage de préciser la pensée du législateur sur plus d'un des principes de la théorie des obligations contractées par les époux pendant le mariage. En outre, nulle part ailleurs dans le passif de la communauté, nous ne

voyons apparaître aussi nettement la distinction de l'obligation et de la contribution aux dettes.

Cette distinction va nous fournir la base de notre division. En premier lieu, nous dégagerons des textes les principes de la contribution aux dettes. Nous tracerons ensuite les limites du droit de poursuite des créanciers héréditaires. Nous étudierons, enfin, les recours ou récompenses qui peuvent naître des différences entre l'étendue de l'obligation et celle de la contribution aux dettes de succession, dont la théorie se trouvera ainsi complétée.

541. Quant à l'article 1418, il consacre, en cette matière, l'assimilation complète du passif grevant une succession *ab intestat*, une donation ou un legs. Il va sans dire qu'il faut faire à ce sujet l'application du droit commun, pour savoir quelles dettes incombent au donataire ou au légataire selon qu'il est successeur à titre particulier ou à titre universel.

542. I. Quoi qu'il en soit, le principe de la contribution aux dettes n'est plus le même, en cas de succession *ab intestat*, de donation ou de legs, que pour le passif antérieur au mariage (1). Ici, le législateur a considéré qu'il pouvait, sans troubler les habitudes ni modifier le droit commun, exiger un inventaire de l'actif mobilier. Autant il lui aurait paru exorbitant d'obliger les époux, se mariant sans contrat, à inventorier le mobilier présent (2), autant il trouve naturel que le mobilier de toute succession *ab intestat* ou testamentaire soit inventorié ou détaillé dans le testament ; de même que toute donation d'effets mobiliers doit contenir un état descriptif et estimatif des objets donnés (art. 948). Or, nous savons que c'est en l'absence d'un inventaire du mobilier présent que le législateur s'est résigné à imposer à la communauté la charge de toutes les dettes mobilières antérieures au mariage. L'usage des inventaires dans les successions l'a mis, au contraire, à l'aise dans notre hypothèse. Il lui a permis d'adopter cette règle fort équitable, à savoir que le passif de toutes les successions et de toutes les libé-

(1) V. *supra*, I, n. 506 s.
(2) V. *supra*, I, n. 507.

ralités recueillies pendant le mariage doit se répartir proportionnellement sur l'actif mobilier et sur l'actif immobilier.

543. La contribution aux dettes sera donc faite sur les bases que voici :

1° Les dettes des successions mobilières, échues aux époux durant la communauté, sont pour le tout à la charge de cette communauté. L'article 1411 est ainsi conçu : « *Les « dettes des successions purement mobilières qui sont échues « aux époux pendant le mariage sont, pour le tout, à la charge « de la communauté.* » Cette formule, très précise, corrige la disposition ambiguë de l'article 1409-1°, déclarant que la communauté se compose passivement : « de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration de leur mariage, *ou dont se trouvent chargées les successions qui leur échoient pendant le mariage...* ».

2° Les dettes d'une succession immobilière, elles au contraire, ne sont point à la charge de la communauté. Elles restent propres à l'époux. Ici se place l'article 1412 alinéa 1er, ainsi conçu : « *Les dettes d'une succession purement immobi- « lière qui échoit à l'un des époux pendant le mariage ne « sont point à la charge de la communauté, sauf le droit « qu'ont les créanciers de poursuivre leur paiement sur les « immeubles de ladite succession.* »

3° Lorsque la succession est en partie mobilière et immobilière pour partie, les dettes dont elle est grevée ne sont à la charge de la communauté qu'en proportion de l'actif mobilier dont elle profite. Écoutons ici l'article 1414 alinéa 1er : « *Lorsque la succession échue à l'un des époux est en partie « mobilière et en partie immobilière, les dettes dont elle est « grevée ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à « concurrence de la portion contributoire du mobilier dans « les dettes, eu égard à la valeur de ce mobilier comparée à « celle des immeubles.* » En un mot, si la part recueillie par l'époux se compose pour un tiers de meubles et pour les deux autres tiers d'immeubles, la communauté supporte un tiers des dettes. Le surplus, — ou les deux tiers du passif, — reste propre à l'époux héritier (légataire ou donataire).

La proportion sera fixée à l'aide d'une estimation des biens et surtout d'un inventaire du mobilier, que le mari est chargé de faire dresser, alors même que la succession est échue à la femme. Ceci peut faire naître des difficultés. Nous les examinerons en insistant sur les conséquences du défaut d'inventaire et les recours auxquels peut alors donner lieu le paiement des dettes héréditaires (1).

En un mot, la communauté supporte dans le passif une part proportionnelle à ce qu'elle prend dans l'actif recueilli par le conjoint. Voilà pourquoi tout le passif lui incombe si elle prend tout l'actif dans l'hypothèse prévue par l'article 1411, tandis qu'elle ne voit rien à sa charge si l'actif recueilli reste tout entier propre à l'époux, conformément à l'article 1412, alinéa 1er.

Rien de plus simple que ces règles de contribution.

544. II. Les principes qui régissent le droit de poursuite des créanciers sont un peu plus complexes, du moins lorsque la succession a été acceptée purement et simplement. En effet, si l'époux à qui elle est dévolue l'avait acceptée bénéficiairement, il suffirait d'appliquer l'article 802. Dès lors, les créanciers successoraux n'auraient d'action que sur les biens héréditaires, sauf à en demander compte au mari, administrateur de tous les biens sous le régime de la communauté.

Il va sans dire, d'autre part, que la séparation des patrimoines demandée par les créanciers héréditaires aurait son effet habituel: celui de leur donner le droit de se faire payer sur les biens de la succession par préférence aux créanciers des époux ou de la communauté (2).

545. Ces observations importantes présentées, nous allons supposer désormais, dans toutes les explications qui vont suivre, que l'acceptation de la succession a été pure et simple.

C'est à ce point de vue surtout que les textes, visant notre hypothèse et qui ne semblent relatifs qu'aux dettes des suc-

(1) V. *infra*, I, n. 558 s.

(2) Troplong, *op. cit.*, II, n. 814 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n 744; Arntz, *op. cit.*, III, n. 614; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 513, texte et notes 18 et 19, p. 381; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 643; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 646, p. 136; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 841 et *Rép. gén.*, Fuzier-Herman, V° *Communauté*, n. 841.

cessions, vont mettre en pleine lumière divers principes susceptibles de nous aider à construire la théorie générale relative aux obligations contractées pendant le mariage par le mari ou par la femme.

En voici le résumé :

1° Toute dette du mari est, sauf récompense s'il y a lieu, recouvrable, pendant la communauté, sur les biens communs comme sur les biens du mari. Donc les biens de la communauté peuvent être saisis par les créanciers d'une succession échue au mari et par lui acceptée purement et simplement, quand même cette succession serait entièrement immobilière, et que cet époux en devrait, par suite, supporter toutes les dettes. « *Néanmoins*, déclare en effet l'article 1412 alinéa 2, « *si la succession est échue au mari, les créanciers de la suc-* « *cession peuvent poursuivre leur paiement, soit sur tous les* « *biens propres au mari, soit même sur ceux de la commu-* « *nauté, sauf dans ce second cas la récompense due à la femme* « *ou à ses héritiers.* »

2° Quand la succession est échue à la femme, il y a lieu de distinguer selon la nature mobilière ou immobilière de cette succession, suivant qu'elle a été acceptée avec l'autorisation du mari ou avec l'autorisation de la justice, et, enfin, selon qu'il a été ou non dressé un inventaire du mobilier, dans le cas spécial, le plus fréquent, où la part successorale est pour partie mobilière et immobilière pour portion.

A l'aide de ces éléments combinés, on obtient les solutions suivantes :

546. *a.* Si une succession immobilière pour la totalité n'a été acceptée par l'épouse qu'avec l'autorisation de la justice, bien que la femme l'ait acceptée purement et simplement, l'action des créanciers héréditaires subit une double restriction. D'une part, cette action doit d'abord être exercée sur les biens de la succession. Elle ne porte sur les biens personnels de l'épouse qu'au cas d'insuffisance des biens successoraux. D'autre part, les créanciers de la succession ne peuvent se payer que sur la nue propriété des biens personnels de la femme. Ces règles sont écrites dans l'article 1413 *in fine* ainsi conçu: « *Mais si la succession n'a été*

« *acceptée par la femme que comme autorisée de justice au* « *refus du mari, les créanciers, en cas d'insuffisance des* « *immeubles de la succession* (1), *ne peuvent se pourvoir que* « *sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme.* »

Ajoutons que la solution sera la même si la succession acceptée purement et simplement par la femme avec l'autorisation de la justice, est en partie mobilière, et s'il a été fait inventaire du mobilier. C'est ce que porte l'article 1417, aux termes duquel : « *Si la succession n'a été acceptée par* « *la femme que comme autorisée en justice au refus du mari,* « *et s'il y a eu inventaire, les créanciers ne peuvent pour-* « *suivre leur paiement que sur les biens tant mobiliers qu'im-* « *mobiliers de ladite succession, et, en cas d'insuffisance,* « *sur la nue propriété des autres biens personnels de la* « *femme.* » (Cpr. art. 1426).

A plus forte raison doit-il en être ainsi lorsque la succession, mobilière en entier, a été inventoriée (2). Les créanciers n'ont point action sur tous les biens de la communauté, mais seulement sur le mobilier successoral qui doit être représenté conformément à l'inventaire. La femme qui, dans l'espèce, n'a conservé en propre aucune partie de la succession, n'est exposée sur ses biens personnels aux poursuites des créanciers qu'en cas d'insuffisance des biens héréditaires et seulement sur la nue propriété de ses biens propres (3).

(1) Aubry et Rau (*op. cit.*, V, § 513, note 9, p. 379) font judicieusement remarquer qu'il y a là un bénéfice de discussion contraire à la rigueur des principes, mais justifié par les inconvénients de la vente judiciaire d'une nue propriété.

(2) On peut trouver étrange, en cas de succession mobilière, que le mari n'autorise pas la femme à accepter puisque la communauté profitera de la succession. Quant à la femme, il semble qu'elle n'ait aucun intérêt à accepter avec l'autorisation de la justice, puisqu'elle va supporter les charges de la succession mobilière sans en bénéficier personnellement. Il est possible, cependant, que l'épouse ait intérêt à accepter la succession mobilière avec l'autorisation de la justice dans l'hypothèse, très fréquente en pratique, où, conformément à l'article 1514, elle aura stipulé la reprise de son apport franc et quitte pour le cas de renonciation à la communauté (V. *infra*, II, n. 1402 s.). Les biens de la succession augmenteront, en effet, son apport.

(3) Troplong, *op. cit.*, II, n. 831 et 832; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 767; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 513, texte et note 6, p. 376, 377; Arntz, *op. cit.*,

Dans toutes ces hypothèses, les biens personnels de l'épouse se trouvent protégés par le droit de jouissance de la communauté, puisque la nue propriété peut seule être atteinte et que cette nue propriété elle-même ne peut être l'objet que d'une action subsidiaire.

547. *b.* Le défaut d'inventaire, quand la part successorale de la femme est en totalité ou en partie mobilière, a de graves conséquences. Il donne aux créanciers de la succession, bien que celle-ci n'ait été acceptée qu'avec l'autorisation de la justice, le droit de poursuivre leur paiement sur tous les biens de la communauté (art. 1416 al. 2) et par suite sur les biens du mari (art. 1419) (1).

D'après l'article 1416 alinéa 2, il est dit, en effet, que les créanciers d'une succession en partie mobilière et immobilière pour partie poursuivent leur paiement sur les biens de communauté, « *si la succession n'a été acceptée par la femme « que comme autorisée en justice et que néanmoins le mobi- « lier en ait été confondu dans celui de la communauté sans « un inventaire préalable.* »

Observons, sur ce second alinéa de l'article 1416, qu'il semble bien en résulter que l'inventaire, requis dans l'intérêt de la communauté et du mari, est possible, même après le délai de trois mois après l'ouverture de la succession, tant que le mobilier héréditaire n'a pas été confondu avec celui de la communauté.

548. *c.* L'autorisation maritale aura une double conséquence, si la succession acceptée purement et simplement par la femme avec l'autorisation de son mari, ne comprend que des immeubles. Alors les créanciers héréditaires ne sont plus réduits à une action subsidiaire sur les biens personnels de l'épouse. Ils peuvent indifféremment saisir ces biens-là et les biens héréditaires. D'autre part, les créanciers peuvent saisir la pleine propriété des biens personnels de la femme et non plus plus seulement la nue propriété.

L'article 1413 déclare en effet que: « *Si la succession pure-*

III, n. 614-4°, 615 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 631, 632, Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n° 1151.

(1) V. *infra*, I, n. 583 s.

« *ment immobilière est échue à la femme et que celle-ci l'ait* « *acceptée du consentement de son mari, les créanciers de la* « *succession peuvent poursuivre leur paiement sur tous les* « *biens personnels de la femme.* »

549. Mais ne doit-on pas aller plus loin? Faut-il dire que la femme étant autorisée du mari, les créanciers doivent avoir action non seulement sur les biens de la succession et sur les biens propres de la femme en *pleine propriété*, mais aussi sur les biens de la communauté et sur ceux du mari ? On pourrait le prétendre, en se fondant sur la disposition très importante de l'article **1419** que nous retrouverons plus loin (1), disposition de laquelle il résulte que l'autorisation maritale sous la communauté entraîne cette conséquence, à savoir que l'engagement de l'épouse a effet contre la communauté et même contre le mari. Si l'on applique cette idée à notre hypothèse, on voit de suite où cela conduit. Cependant, l'article **1413** est très explicite et ne permet pas d'admettre cette solution. Le rapprochement de ce texte avec l'article **1412** ne peut laisser aucun doute sur ce point (2). Mais si la solution est incontestable, comment la concilier avec l'article **1419** ? Ne serait-ce pas que ce texte comporte certaines exceptions ? Si oui, alors se présente la question de savoir quelles sont ces exceptions. On peut fort bien nier, nous le verrons, qu'il existe dans l'article **1413** une exception de ce genre (3).

550. Les effets de l'autorisation maritale sont plus graves encore lorsque la succession est en partie ou en totalité mobilière. Aux termes de l'article **1416** alinéa 1er : « *Les* « *dispositions de l'article* **1414**, — c'est lui qui détermine la proportionnalité entre l'actif successoral entrant en commu-

(1) V. *infra*, n. 583 s.

(2) Demante, *Thémis*, VIII, p. 100 ; Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, I, p. 279, Odier, *op. cit.*, I, n. 181 ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 798 s. ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 772 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 513, texte et note 8, p. 378 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 453 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 55 *bis*, I ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 646, note 13, p. 133 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 636 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 142. Planiol *op. cit.*, III (2e édit.), n° 1120. — *Contra* Toullier, *op. cit.*, XII, n. 282.

(3) V. *infra*, I, n. 595, 593.

nauté et le passif lui incombant, — *ne font point obstacle « à ce que les créanciers d'une succession en partie mobilière « et en partie immobilière, poursuivent leur paiement sur « les biens de la communauté, soit que la succession soit « échue au mari, soit qu'elle soit échue à la femme, lorsque « celle-ci l'a acceptée du consentement de son mari ; le tout « sauf les récompenses respectives.* » Ainsi, même en présence d'une succession mobilière pour partie seulement, échue à la femme, et bien qu'il ait été fait un inventaire, les créanciers héréditaires ont action pour le paiement intégral de leurs créances sur les biens communs, auxquels il faut ajouter ceux du mari (1). Il paraît difficile de justifier cette solution de la loi, surtout si on la rapproche de celle donnée par l'article 1413. Le législateur n'a pas pensé que l'on pouvait obliger les créanciers à étudier l'inventaire pour connaître la part contributoire de la communauté. Il a préféré laisser poursuivre cette communauté pour le tout, sauf récompense.

Donc, lorsque la succession, en partie ou en totalité mobilière, a été acceptée avec l'autorisation du mari, l'inventaire est sans utilité contre les créanciers. Il ne sert que dans les rapports de la communauté et des conjoints pour le règlement définitif et la fixation des récompenses (art. 1414).

551. En résumé, s'il s'agit d'une succession échue au mari, son acceptation oblige ce conjoint et la communauté vis-à-vis des créanciers héréditaires, quelle que soit la nature des biens.

S'il s'agit d'une succession échue à l'épouse, les créanciers héréditaires auront action sur les biens personnels de la femme, sur les biens de la communauté et sur ceux du mari, mais seulement lorsque la succession est mobilière au moins en partie, et pourvu que le mari leur ait fait cette situation privilégiée, soit en donnant à l'épouse l'autorisation d'accepter la succession, soit en confondant, sans inventaire préalable, le mobilier successoral avec le mobilier commun.

Puis, la communauté, recueillant la totalité ou une par-

(1) Civ. rej., 22 avril 1883, S., 89. 1. 25.

tie de l'actif de la succession, est en quelque sorte un cessionnaire de la fraction mobilière des droits successoraux du conjoint ; cessionnaire à titre universel, tenu de supporter définitivement dans le passif une part proportionnelle à ce qu'il prend dans l'actif.

Aussi, quand la succession est purement immobilière, il ne se produit plus rien de pareil. La communauté n'est plus tenue que des intérêts des dettes. Elle ne doit supporter définitivement aucune fraction du capital. Elle est dans la situation d'un usufruitier à titre universel des biens héréditaires.

552. Ce que nous venons de dire ainsi des dettes de la succession doit s'entendre de toutes les charges qui incombent au conjoint héritier en cette qualité, par exemple, des legs. La communauté en supportera une part proportionnelle.

553. Nous ne saurions quitter notre ordre d'idées sans indiquer enfin une hypothèse, qui n'est guère pratique sans doute, mais qui, prévue par nos anciens auteurs, est encore discutée aujourd'hui dans la doctrine. On imagine le cas où la femme, voulant renoncer à une succession à elle échue, n'obtient à cet effet ni l'autorisation du mari ni celle de la justice : qu'adviendra-t-il en une semblable occurrence ?

La question est de nature à se poser d'une manière générale sous tous les régimes matrimoniaux, et dans tous les cas de succession, quelle qu'en soit la composition. La réponse à y faire, c'est que si les circonstances supposées se présentent, il ne pourra y avoir ni acceptation, ni répudiation.

Mais quand il s'agit d'une femme mariée sous le régime de la communauté légale et d'une succession purement mobilière, la question se complique d'un élément nouveau, à savoir que la succession mobilière appartiendrait à la communauté. En pareil cas, le mari ne va-t-il pas pouvoir accepter lui-même la succession échue à l'épouse, en exerçant les droits de la communauté ? Pothier déclarait que le mari pouvait accepter à ses risques et périls, c'est-à-dire en assumant les charges de la succession, sans que la femme fût liée par cette acceptation. Il lui réservait, — la commu-

nauté une fois dissoute, — la faculté de renoncer (1). Beaucoup d'auteurs modernes (2) suivent encore cette doctrine. Ils la motivent en disant que, par l'effet de l'adoption de la communauté, la femme a par avance cédé à cette communauté ses droits aux successions mobilières qui peuvent lui échoir.

Cette opinion ne nous semble pas bonne. Nous croyons que, même dans notre hypothèse, il convient de maintenir l'idée d'après laquelle la femme seule peut, avec l'autorisation de son mari ou de la justice (3), accepter la succession. L'article 776 le dit et ne distingue pas selon le régime matrimonial. Sans doute, la femme a cédé à la communauté, quand elle l'a acceptée comme régime matrimonial, ses droits sur les successions mobilières, mais à une condition, c'est que celles-ci soient recueillies. Or, dans notre cas, la femme refusant d'accepter, la succession n'est pas recueillie. Tout ce que le mari peut faire, à notre avis, en exerçant les droits de sa femme, c'est accomplir les actes conservatoires qui peuvent émaner d'un héritier sans compromettre son droit de répudier la succession (4).

Dans une autre doctrine que nous répudions, — car elle nous paraît reposer sur un paradoxe, — on se base sur l'article 788 pour prétendre, s'il y a conflit entre le mari et la femme, qu'il faut laisser à la justice le soin de le trancher (5).

554. Il nous faut, désormais, en parlant des récompenses dues parce que la communauté a payé plus ou moins que sa part contributoire dans la dette, aborder les difficultés soulevées par l'application des principes ci-dessus posés.

Dans le but d'apporter de la netteté dans notre théorie, nous allons prévoir successivement : une succession pure-

(1) Pothier, *Traité des successions*, chap. III, sect. III, art. 1 § 2.

(2) Toullier, *op. cit.*, IV, n. 318 ; Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 776 ; Duranton, *op. cit.*, VI, p. 425 ; Taulier, *op. cit.*, III, n. 225 ; Demolombe, *op. cit.*, XIV, n. 326 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 774.

(3) V. *infra*, I, n. 765, 766.

(4) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 436-441 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 513, texte et notes 2 et 3, p. 374, 375 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 138.

(5) Thiry, *Rev. crit.*, XI, p. 248 s. ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 768.

ment mobilière, puis une succession immobilière pour la totalité, enfin une succession mixte échue à l'un des conjoints.

555. *a.* La succession est mobilière. Ici la communauté prenant tout l'actif doit supporter tout le passif (art. 1401-1° et 1411). Mais nous savons que celui des époux qui a recueilli cette succession, à moins de n'avoir accepté que sous bénéfice d'inventaire, reste tenu des dettes et charges en sa qualité de successeur à titre universel. Et même, lorsque la succession est échue à la femme, le mari peut être poursuivi sur ses biens personnels, à moins que cette succession n'ait été acceptée avec l'autorisation de la justice et soigneusement inventoriée (arg. art. 1416 *in fine*).

Il arrivera donc fréquemment que l'un des époux, ayant payé *de suo*, aura droit à une récompense contre la communauté. Pour établir son droit, il devra toujours produire la quittance qu'il a dû retirer s'il a payé volontairement, ou une justification équivalente, s'il y a eu, par exemple, un ordre ou une distribution par contribution. C'est l'application du droit commun et de la règle posée dans l'article 1341.

Le paiement ainsi prouvé, le conjoint qui en justifie pourra voir contester l'existence et le chiffre de la dette. Aussi agira-t-il prudemment, en ne payant que contre la remise des pièces qui en établissent l'existence et le montant. D'ailleurs, s'il a été fait un inventaire, la dette y aura été presque toujours constatée. C'est surtout lorsqu'il a été dressé un inventaire où cette dette est passée sous silence que l'époux ne doit pas payer sans exiger une quittance et la remise des pièces justificatives.

Il n'est point inutile de remarquer, en passant, que, si la succession échue à la femme a été acceptée purement et simplement par elle, celle-ci, successeur à titre universel, sera, en cette qualité, tenue de solder les dettes et charges héréditaires *etiam ultra vires bonorum*. La communauté jouira, au contraire, d'une sorte de bénéfice d'inventaire, par cela seul que le mari aura pris le soin de faire dresser un inventaire et se sera gardé d'autoriser la femme, celle-ci n'ayant pu dès lors accepter qu'avec l'autorisation de la justice. Dans

ce cas spécial, la femme ne pourra recourir contre la communauté que jusqu'à concurrence de la valeur de l'actif de la succession tel que cet actif a été constaté par l'inventaire. L'excédent du passif restera, sans récompense, à la charge de l'épouse.

Est-il besoin d'ajouter que la théorie ainsi esquissée pour le cas d'une succession mobilière serait vraie de toute succession dont l'actif tomberait intégralement dans la communauté d'après les stipulations du contrat de mariage ou d'après une disposition testamentaire ?

Il en serait de même d'une donation avec charges attribuée à la communauté soit par la volonté du disposant, soit en vertu d'une certaine interprétation de l'article 1405 (1).

556. *b.* Passons à la succession immobilière. Il sera rare, en fait, qu'une succession soit tout entière composée d'immeubles. Comme le remarque M. Colmet de Santerre (2), c'est surtout en matière de donations ou de legs, soit à titre particulier grevés de charges, soit à titre universel (art. 1010), qu'on rencontrera cette situation d'acquisitions à titre gratuit purement immobilières. Elle peut toutefois se produire aussi dans une succession *ab intestat*, le *de cujus* ayant légué toutes ses valeurs mobilières, ou dans une succession anomale (art. 747, 766, 351).

Quoi qu'il en soit, lorsque l'acquisition à titre gratuit, notamment par succession, est uniquement immobilière, la communauté n'en profite point et ne doit rien dans les charges. C'est à l'époux, qui a tout l'actif, à supporter intégralement le passif (3).

Mais la communauté ou l'autre conjoint peuvent avoir payé pour celui qui, bénéficiant seul de l'acquisition, doit seul en subir le passif. De là naissent des recours.

La femme, lorsqu'il s'agit d'une succession purement im-

(1) V. *supra*, I, n. 319 s.

(2) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 61 *bis*. Rapp. Planiol, *op. cit.*, III, (2e édit.), n. 1115.

(3) La communauté n'est pas tenue des droits de mutation applicables à une succession immobilière échue à la femme et non acceptée avec l'autorisation du mari, Rép. Garnier, 7e édition, v° *Succession*, n. 638, I.

mobilière échue au mari, n'a point à redouter de poursuites sur ses biens personnels. Mais elle aura, fréquemment, lors de la liquidation de la communauté, à demander que le mari indemnise cette communauté. Celle-ci aura pu payer pour lui des dettes de la succession, soit qu'il ait employé lui-même à cet effet les fonds communs, soit qu'il ait laissé exercer des poursuites par les créanciers héréditaires, libres de saisir à leur gré les biens du mari et ceux de la communauté (art. 1412 al. 2).

Toute espèce de preuve doit alors pouvoir être invoquée par la femme : preuve par documents, papiers de famille, témoignages avec ou sans commencement de preuve par écrit, présomptions.

L'épouse pourrait-elle se servir même de la preuve par la commune renommée dont nous allons parler bientôt? Nous ne croyons pas que notre hypothèse soit au nombre de celles dans lesquelles cette preuve exceptionnelle est admise par la loi (1).

Nous venons de nous placer au point de vue de la femme. Quant au mari, prétendant que l'épouse lui doit récompense ou en doit une à la communauté pour le paiement des dettes d'une succession purement immobilière par elle acceptée, il est dans une situation bien peu favorable. En effet, si le paiement a été opéré autrement qu'avec les biens de la succession ou les biens propres de la femme, c'est parce qu'il l'a voulu, les créanciers héréditaires ne pouvant rien réclamer de lui, même au cas où il a autorisé la femme à accepter purement et simplement la succession (art. 1413). Le mari a donc dû retirer la quittance de ce qu'il a payé et doit produire une preuve écrite, dès qu'il s'agit d'une somme supérieure à 150 francs.

Il résulte des explications précédentes que la théorie ainsi indiquée s'applique aussi bien aux donations purement immobilières qu'aux successions du même genre. Ajoutons que cette théorie est également applicable aux acquisitions à titre

(1) Sur le caractère exceptionnel de cette preuve, v. notamment Guillouard, *op. cit.*, II, n. 651. — Douai, 13 janv. 1865, S., 66. 2. 61 et les renvois. — V. également *infra*, I, n. 560 et s.

gratuit de valeurs mobilières exclues de la communauté par le disposant.

557. *c.* Il nous reste à examiner l'hypothèse d'une succession mixte, c'est-à-dire d'une succession pour partie mobilière et immobilière pour partie. Cette hypothèse est la plus complexe.

Dans ce cas, le mari a dû faire dresser un inventaire du mobilier, afin que l'on puisse aisément, lors de la dissolution de la communauté, déterminer la portion de dettes incombant à cette communauté et celle qui reste propre à l'époux. Il sera responsable du défaut d'inventaire même lorsque la succession est échue à la femme. Il est, en effet, seul administrateur des biens de la communauté et de ceux de l'épouse (art. 1421, 1428). Nous allons voir bientôt le législateur traiter le mari avec rigueur si l'inventaire a été omis (art. 1415).

L'article 1414 alinéa 2 prend la peine de motiver l'obligation qu'il impose ainsi au mari « *soit de son chef, si la « succession le concerne personnellement, soit comme diri- « geant et autorisant les actions de la femme, s'il s'agit d'une « succession à elle échue.* »

Mais ne faut-il pas obliger le mari, non seulement à faire dresser un inventaire de tout ce qui est meuble, mais aussi à faire constater l'état des immeubles ? Pour l'affirmative, on pourrait dire que l'état estimatif n'est pas moins nécessaire que l'inventaire des valeurs mobilières, à l'effet de déterminer l'importance comparative des deux éléments de l'actif. Comment savoir que le mobilier représente, par exemple, les deux cinquièmes de la succession, si l'on ignore la valeur du surplus de l'actif, c'est-à-dire des immeubles? La réponse est péremptoire. Le législateur impose au mari l'obligation de faire procéder à un inventaire ; il ne l'oblige pas à faire dresser un état des immeubles. Le mari qui a fait faire un inventaire échappe donc aux sévérités du législateur. C'est d'ailleurs avec sagesse que la loi se contente de l'inventaire. Les immeubles ne disparaîtront pas. Ils ne pourront pas être aussi aisément dissimulés que les meubles. Et surtout on ne pourra pas en substituer d'autres de moindre valeur à ceux qui se trouvaient dans la succession, sans que cette substi-

tution soit connue. On découvrira assez facilement, même après des années, quel était leur état et leur valeur vénale à l'ouverture de la succession ou lors de la donation. Le législateur a donc eu raison de n'exiger que l'inventaire du mobilier.

Ajoutons qu'en fait, le plus souvent, l'inventaire établira la valeur respective des meubles et des immeubles, qui, dans le cas contraire, seront estimés par la suite (1). Quoi qu'il en soit, une fois la valeur totale de l'actif de la succession connue, on fixera, à l'aide d'un calcul très simple, la proportion de l'actif mobilier et de l'actif immobilier, et par suite, la portion contributoire de la communauté dans le passif.

558. Ceci posé, voyons comment les recours pourront être exercés, selon que la succession est échue au mari ou à la femme.

Supposons d'abord la succession recueillie par la femme. Dans ce cas, il peut arriver de deux choses l'une : ou bien il a été fait un inventaire, ou il n'en a pas été dressé un.

Envisageons successivement chacune des deux branches de cette alternative.

559. 1° Il a été dressé un inventaire. La part contributoire de la femme et celle de la communauté seront fixées comme nous venons de le dire. On procèdera selon les règles tracées précédemment, si le débat s'élève entre les époux sur l'existence ou le montant de telle créance, ou bien sur le chiffre total du passif, ou encore sur le point de savoir par qui et à l'aide de quels biens une créance déterminée a été éteinte (2).

Remarquons seulement, que si la succession a été acceptée purement et simplement par l'épouse avec l'autorisation du mari, la communauté sera tenue des dettes *ultra vires* pour sa part et portion, tandis que si la succession n'a été acceptée qu'avec l'autorisation de la justice, la communauté n'est

(1) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 288; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 513, texte et note 14, p. 380; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 757; Massé et Vergé, sur Zachariæ, IV, § 646, note 20, p. 135; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 644, 645; Huc, *op. cit.*, IX, n. 144.

(2) V. *supra*, I, n 555 s.

tenue du passif que jusqu'à concurrence de son émolument établi par l'inventaire (1).

560. 2° Un inventaire n'a pas été dressé. Ici se place l'article 1415 ainsi conçu : « *A défaut d'inventaire et dans tous « les cas où ce défaut préjudicie à la femme, elle ou ses « héritiers peuvent, lors de la dissolution de la commu- « nauté, poursuivre les récompenses de droit, et même faire « preuve tant par titres et papiers domestiques que par « témoins et au besoin par la commune renommée, de la « consistance et valeur du mobilier non inventorié. Le mari « n'est jamais recevable à faire cette preuve.* » Le législateur permet donc à la femme d'invoquer dans notre hypothèse, non seulement tous les modes de preuve du droit commun, comme la preuve par témoins ou les présomptions, mais encore une preuve exceptionnelle et éminemment dangereuse : la preuve par la commune renommée. Cela veut dire que les témoins qui, d'ordinaire, ne sont écoutés que lorsqu'ils déclarent ce qu'ils ont vu ou entendu, seront crus, par extraordinaire, lorsqu'ils rapporteront de simples « on dit », lorsqu'ils se feront l'écho de la renommée, qui exagère si volontiers.

C'est là, pour le mari, la peine de sa négligence et de ce qui a été peut-être de sa part un acte de mauvaise foi et un calcul peu délicat. Il a mis la femme dans l'impossibilité d'établir la consistance totale du mobilier à l'aide des moyens de preuve du droit commun. Aussi, plutôt que d'exposer l'épouse à ne pouvoir faire admettre qu'un chiffre en deçà de la réalité, la justice recueillera tous les échos de la notoriété, au risque de fixer l'évaluation des valeurs mobilières à un chiffre total quelque peu exagéré. Les juges devront cependant utiliser ces « on dit » avec prudence.

Mais le mari ne pourra pas recourir à la preuve par la commune renommée contre la femme pour démontrer que la communauté a payé plus que sa part dans le passif héré-

(1) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 56 *bis*, I, 56 *bis*, II ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 640 et 641 *in fine*.

ditaire et que l'épouse lui doit récompense de l'excédent (1).

Ceci est grave, car nous savons que les créanciers d'une succession échue à la femme ont action contre la communauté et le mari, par cela seul que l'acceptation a eu lieu avec l'autorisation de l'époux, ou même lorsqu'elle a été acceptée avec l'autorisation de la justice, si le mobilier successoral a été confondu avec celui de la communauté sans un inventaire préalable (art. 1416).

Comment le mari pourra-t-il donc établir la proportion du mobilier et des immeubles de la succession, et exercer le recours lors de la liquidation de la masse commune ? Il le pourra uniquement par les preuves du droit commun, c'est-à-dire par un écrit ou par l'aveu de la femme, dès qu'il s'agira d'une valeur supérieure à 150 francs.

561. Ce sont les mêmes principes que nous allons appliquer, et nous allons traiter le mari avec la même rigueur dans l'hypothèse qui va maintenant attirer notre attention: celle où la succession lui est échue. Le mari a dû en faire constater les éléments par un inventaire (art. 1414).

1° Si l'inventaire a été dressé, le mari sera alors admis à établir, à l'aide de cet acte, la proportion d'après laquelle la charge du passif de ladite succession doit se répartir entre la communauté et lui, et à réclamer une récompense s'il a payé plus que sa part avec ses biens personnels.

De son côté, la femme, à l'aide de cet inventaire, pourra établir l'existence et le chiffre de l'indemnité due à la communauté par le mari, si, comme il arrivera fréquemment, c'est au contraire la communauté qui a payé au delà de sa part contributoire dans les dettes.

2° Mais supposons qu'il n'y ait pas d'inventaire. En l'absence de cet acte, le mari ne pourra recourir qu'aux preuves du droit commun (2). Au-dessus de 150 francs, il en sera réduit à solliciter l'aveu de la femme, à moins de pouvoir produire un état en bonne forme ou un titre régulier propre

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 655 et 656. — Rouen, 29 août 1840, *J. Palais.* 41. 1. 246.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 760 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 513, p. 381; Arntz, *op. cit.*, III, n. 621 *b* ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 655.

à justifier de la consistance et de la valeur du mobilier de la succession. Il en sera ainsi d'un compte de tutelle, d'un partage ou même, dit-on, d'un inventaire commercial régulièrement fait à une époque voisine de l'ouverture de la succession (art. 9, C. comm.) (1).

A ce sujet, nous devons généraliser la question et la poser dans les termes suivants :

Les registres et papiers domestiques du défunt pourraient-ils constituer au profit du mari un titre suffisant? Ces registres ou papiers domestiques n'émanent pas, comme l'inventaire, d'un officier public. Ils ne sont pas même des actes sous seing privé opposables à la femme, comme le seraient des écrits émanant d'elle ou de ses auteurs. Cependant on tend, en général, à faire bénéficier le mari d'une assez large interprétation de l'article 1504, édicté, il est vrai, pour l'exercice de la reprise des apports, déduction faite des dettes (2). On peut remarquer, en faveur de cette opinion, que l'inventaire lui-même n'est pas un acte auquel la femme a été partie, puisqu'il s'agit d'une succession échue au mari. Dès lors les registres non suspects émanés d'une personne décédée peuvent être considérés comme un état équivalant à l'inventaire (V. les art. 1499 et 1504) (3).

562. En somme, qu'il s'agisse d'une succession recueillie par la femme ou par lui-même, le mari ne peut exercer les récompenses qui lui sont dues ou qui le sont à la communauté par l'épouse, sans en établir les bases conformément au droit commun en matière de preuves. Si la consistance du mobilier successoral ne peut pas être établie faute d'inventaire, le mari seul en doit souffrir. Il est exposé notamment à voir accueillir les prétentions de la femme, alors même qu'elle ne les étaye que de la plus conjecturale des preuves,

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 761 ; Marcadé, sur les art. 1414 à 1417, n. 1 ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 816 817 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 513, texte et note 16, p. 381 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 57 *bis*, II ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 466; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 656; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 646, note 23, p. 135; Huc, *op. cit.*, IX, n. 144. — Cpr. Civ. rej., 10 août 1842, S., 42. 1. 779.

(2) Civ. rej., 14 mai 1879, S., 80. 1.17.

(3) V. *infra*, II, n. 1301 s.

la commune renommée, à laquelle cependant les juges ne doivent recourir qu'avec prudence et dont ils ne doivent user qu'à défaut de toute autre.

563. La preuve par la commune renommée permise à la femme dans les termes de l'article **1415** est donc exceptionnelle au premier chef. Aussi cette grave dérogation aux principes généraux doit elle être restreinte avec soin dans les limites tracées par la loi.

La femme pourra invoquer la commune renommée pour établir que le mobilier de la succession échue au mari était d'une valeur moindre qu'il ne le prétend, ou, en sens inverse, pour démontrer que, le mobilier d'une succession par elle recueillie étant plus considérable que ne l'avoue le mari, la proportion des dettes à la charge de la communauté doit être relevée.

Mais la femme sera-t-elle recevable à prouver par la commune renommée que l'inventaire fait par le mari est inexact, qu'il est incomplet ? On peut objecter que ce cas est en dehors de ceux régis par l'article **1415**. On a répliqué, il est vrai, que, relativement aux biens omis, l'inventaire fait défaut (1) et que la solution contraire permettrait au mari, par un inventaire tel quel, d'enlever à la femme la protection, justifiée, de la preuve par la commune renommée.

A notre avis, une distinction s'impose ici. Le mari, de son côté, ne peut-il pas objecter, en effet, qu'il est inadmissible que la femme soit recevable à invoquer la commune renommée par cela seul qu'elle allègue une omission en présence de l'inventaire le plus régulier, par exemple d'un inventaire fait contradictoirement avec elle ? De là nous concluons que la femme devra d'abord démontrer par écrit, par témoins ou par présomptions (art. **1348** et **1353**), selon le droit commun, que l'inventaire ne comprend pas tous les biens de la succession. Cette preuve une fois faite, alors seulement elle pourra recourir à la commune renommée pour établir la consistance ou la valeur du mobilier laissé en dehors de l'inventaire.

On a également contesté que la preuve par la commune

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 652.

renommée fût admissible, la femme prétendant qu'un don manuel lui a été fait durant la communauté. Le mari ne se borne pas, ici, à discuter l'importance de la libéralité ou sa consistance alléguée par la femme ; il en nie l'existence même. Un auteur enseigne, en pareil cas, que l'article 1504, pas plus que l'article 1415, n'admet la commune renommée comme moyen de preuve de l'existence de l'acquisition à titre gratuit (1). Nous-mêmes, nous venons de souscrire à une solution analogue ; mais c'était alors que la femme s'attaquait directement à un inventaire en apparence régulier. Nous avons cru, dans cette hypothèse, qu'elle devait d'abord prouver, par les moyens du droit commun, que l'inventaire était incomplet ou inexact. Or, la situation n'est-elle pas différente lorsque la femme allègue que des dons manuels ont été faits avant l'ouverture de la succession ? On a essayé, il est vrai, de rattacher ces libéralités à l'inventaire dressé après le décès de leur auteur ; mais elles ne doivent pas être comprises dans le mobilier successoral dont l'évaluation doit servir à fixer la proportion des dettes que doit supporter la communauté. Aussi n'y a-t-il pas d'intérêt direct à résoudre cette question et à démontrer l'existence du don manuel, pour établir le calcul proportionnel ordonné par l'article 1414. L'application de l'article 1504 est donc seule en cause.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas inutile d'éclairer les articles 1415 et 1504 l'un par l'autre. A notre avis, la distinction que nous avons proposée sur l'hypothèse précédente doit, ici encore, être invoquée. La preuve de l'existence du don manuel devra, d'après nous, être fournie par les modes du droit commun, lesquels pourront être des témoignages ou des présomptions. Quant à la commune renommée, elle ne pourra servir qu'à fixer la valeur pécuniaire du don manuel.

En bonne législation, cette solution est incontestablement celle qui vaut le mieux. Est-elle donc répudiée par les textes ? Non. D'une part, l'article 1415 suppose le mari con-

(1) Laurent, *op. cit.*, XXIII, n. 184. — V. égal. Huc, *op. cit.*, IX, n. 144. — Bordeaux, 26 janv. 1874, S., 74. 2. 140.

vaincu d'une faute incontestable, celle d'avoir négligé de faire dresser un inventaire. D'autre part, l'article 1504, quoique nous soyons moins fermes sur ce point, nous paraît conçu dans le même esprit. Ce texte ne suppose-t-il pas en effet, lui aussi, *un mobilier échu à la femme et non inventorié* pour admettre la preuve, même par la commune renommée, de la valeur de ce mobilier ?

Un arrêt de la Chambre des requêtes de la cour suprême (1) cité comme contraire à notre opinion, nous semble trop vague pour la contredire. Ajoutons que, dans la pratique, il est aisé d'établir par témoins ou par présomptions l'existence d'un don manuel, tandis que c'est sa consistance et sa valeur qu'il serait presque toujours impossible de déterminer, si la loi n'était pas venue au secours de la femme en mettant à sa disposition la preuve par la commune renommée. Il suffit de lire, à notre avis, l'article 1504 pour s'en convaincre (2).

564. Jusqu'ici nous avons eu soin de ne mettre en scène que le mari et la femme, et non leurs héritiers. Comment ceux-ci doivent-ils être traités s'ils figurent à la liquidation de la communauté ?

Aucun doute ne peut s'élever à l'égard des héritiers de l'épouse. Ils doivent être admis à invoquer les mêmes modes de preuve que cette dernière. Comme elle, ils sont fondés à reprocher au mari sa négligence.

Mais n'est-il pas trop dur d'étendre aux héritiers du mari la responsabilité du défaut d'inventaire ? Rodière et Pont l'ont prétendu (3). Cette opinion est demeurée isolée. Les héritiers du mari sont, en effet, responsables des conséquences pécuniaires des fautes par lui commises. Il serait singulier, à plus forte raison, que le décès du mari rendît la femme non recevable à établir la consistance du mobilier de la succession par un mode de preuve qu'elle ou ses héritiers auraient pu opposer au mari survivant (4).

(1) Req., 28 nov. 1866, S., 67.1.110, D., 67.1.209. — Cpr. Douai, 11 avril 1884, S., 84. 2.156. — Angers, 4 mars 1903. S. 1904.2.281. — Guillouard, *op. cit.*, II, n. 653-653 *bis*.

(2) V. *infra*, II, n. 1310, 1343.

(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 762.

(4) Troplong, *op. cit.*, II, n. 817 ; Marcadé, sur l'art. 1417, n. 1 ; Aubry et

Cependant une restriction à cette solution est généralement admise pour le cas où les héritiers du mari invoquent leur qualité de réservataires, à l'effet d'établir l'existence d'une fraude à leur réserve, fraude concertée peut-être entre le mari et la femme. Cette fraude à la loi pourra être prouvée par témoins ou par présomptions. Il s'agit là d'un droit propre que les héritiers réservataires invoquent dans la circonstance.

Mais nous estimons, avec M. Guillouard (1) qu'aucun texte ne nous autorise à faire intervenir dans l'espèce la preuve par la commune renommée. Les présomptions suffisent en effet. Il convient, au surplus, de ne pas exagérer les différences entre la preuve par présomptions et celle par la commune renommée.

Nous remarquerons à ce sujet que cette dernière preuve est obtenue dans la forme habituelle des enquêtes. Rien n'autorise à admettre, comme on a essayé de le soutenir, qu'elle pouvait se produire devant notaire sans la garantie du serment et des formalités de l'enquête. Ceux qui sont admis à déposer de ce qu'ils savent par simple ouï-dire, n'en sont pas moins des témoins (2).

Quant à la preuve contraire, il nous semble qu'elle doit être admise, mais seulement pour contredire les faits articulés sur lesquels la femme a été autorisée à faire la preuve par la commune renommée.

565. Ainsi que nous l'avons constaté, en commençant cette étude sur les dettes grevant les successions échues aux époux pendant le mariage, et que nous l'avons répété chemin faisant, l'article 1418 soumet aux mêmes principes

Rau, *op. cit.*, V, § 513, texte et note 16; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 57 *bis*, III ; Laurent, *op. cit.*; XXI, n. 467 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 657 et 658 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 144.

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 658.

(2) Civ. cass., 17 janv. 1838, S., 38. 1. 162. — Douai, 1er juin 1847, S., 48. 2. 46, D., 47. 4. 339. — Douai, 11 avril 1884, S., 84. 2. 156. — Troplong, *op. cit.*, II, n. 820 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 759 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, § 595, note 2, p. 516 : Aubry et Rau, *op. cit.*, VIII, § 761, texte et note 18, p. 298. — *Contra* Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, II, p. 80.

les dettes et charges des donations et des legs à titre universel ou à titre particulier.

Voici ce que déclare, en effet, cet article : « *Les règles* « *établies par les articles* 1411 *et suivants régissent les dettes* « *dépendantes d'une donation, comme celles résultant d'une* « *succession.* »

Deux remarques suffisent désormais sur l'application de ce texte.

Voici la première. L'inventaire des objets mobiliers, exigé par les articles 1414 et suivants en matière de succession *ab intestat,* est aussi, par cela même, obligatoire dans les successions testamentaires. Toutefois, il sera souvent remplacé, dans les legs particuliers de meubles, par l'énumération détaillée que le testateur aura faite des corps certains mobiliers, meubles corporels ou créances, compris dans le legs. L'équivalent de l'inventaire se rencontre aussi dans l'état estimatif et descriptif des objets mobiliers donnés entre-vifs, état que l'article 948 impose à peine de nullité de la donation.

Notre seconde remarque est relative aux modifications que la volonté du disposant peut établir dans l'attribution à la communauté des valeurs données ou léguées. Ce disposant peut réserver propres à l'époux les objets mobiliers qu'il donne (art. 1401-1°), ou, à l'inverse, attribuer à la communauté les immeubles par lui donnés ou légués (art. 1405). Sa volonté est souveraine dans les limites de la quotité disponible. Aussi la formule de l'article 1414 doit être transformée, pour présenter avec précision la règle générale. Au lieu de dire : la communauté supporte une part des dettes proportionnelle à la valeur du mobilier qu'elle prend dans l'acquisition à titre gratuit faite par un époux, nous dirons, plus exactement, que cette part de dettes est proportionnelle à la fraction de biens qui tombe dans la communauté.

§ IV. *Théorie générale des dettes contractées au cours de la communauté.*

566. Il importe de terminer l'étude du passif de la communauté par la théorie générale des obligations qui naissent, durant le mariage, du chef de l'un ou de l'autre époux.

Pour construire cette théorie, des matériaux importants sont fournis par les textes consacrés aux hypothèses spéciales que nous venons d'étudier, surtout par ceux ayant pour objet les dettes qui grèvent les successions recueillies pendant la durée de la communauté.

Le principe qui gouverne les dettes contractées par l'un ou l'autre des époux au cours de la communauté, est écrit dans l'article 1409-2° : « *La communauté se compose pas-* « *sivement :... 2° des dettes tant en capitaux qu'arrérages* « *ou intérêts, contractées par le mari pendant la commu-* « *nauté, ou par la femme du consentement du mari, sauf la* « *récompense dans les cas où elle a lieu.* »

A de très rares exceptions près, le mari oblige la communauté par ses contrats, ses quasi-contrats, ses quasi-délits et même par ses délits; quelquefois il doit récompense.

La femme, elle, n'oblige, en principe, la communauté que par ses obligations conventionnelles; encore faut-il qu'elle les ait contractées avec l'autorisation de son mari ou parfois de la justice.

De telles divergences nous obligent à étudier séparément les engagements du mari et ceux de l'épouse.

I. *Obligations du mari.*

567. Il est encore vrai de dire aujourd'hui que le mari est seigneur et maître de la communauté, du moins quant aux actes à titre onéreux. Aucune responsabilité ne lui incombe en raison de son administration des biens communs. Il doit seulement ne pas s'enrichir aux dépens de la masse commune. Ainsi, est à la charge de la communauté: toute dette qui prend naissance du chef du mari, pendant le cours de l'association

conjugale, non seulement celles qu'il *contracte*, mais aussi celles qui résultent d'un quasi-contrat, même d'un *délit* (art. 1424), et à plus forte raison d'un quasi-délit ou des dispositions de la loi.

Il n'est point nécessaire que la dette profite à la communauté, ou ait été contractée dans son intérêt. Celle-ci est tenue même des dettes « de mauvais ménage », disait jadis Guy Coquille (1). *Maritus potest perdere, dissipare, abuti.* Peu importe également que la dette ait été contractée par le mari en son nom propre ou seulement en tant que chef de la communauté (2).

Étudions désormais les conséquences légales des engagements du mari, tant dans ses rapports avec les tiers créanciers que dans ses rapports avec la femme ou les héritiers de celle-ci.

568. I. Entre le mari et les créanciers, la règle est que toute dette du mari oblige la communauté (3). Ceux au profit desquels des droits de créance sont nés contre le mari pendant la communauté, ont le droit de poursuivre leur paiement sur les biens communs et sur les biens de l'époux. La confusion qui, aux yeux des tiers, — du moins dans les actes à titre onéreux, — réunit en un seul patrimoine les biens du mari et les biens communs, fait que les titulaires de créances nées au cours de la communauté ne peuvent pas savoir si la créance a été ou non contractée dans l'intérêt de celle-ci et si elle lui profitera. Cette confusion a aussi pour résultat de faire que le mari traite indifféremment, et sans qu'on doive y attacher d'importance légale, tantôt en son nom, tantôt comme chef de la communauté. Par suite, ceux envers qui le mari s'est engagé durant l'association conjugale seront,

(1) Guy Coquille, *Œuvres* (édit. 1703), II, *Questions et réponses*, n. 111, p. 198.

(2) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit*, VI, n. 41 *bis*, XVI; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 425; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 661; Planiol, *op. cit*, III (2e édit.), n. 1086, 1087.

(3) Les revenus des biens propres de la femme faisant partie de l'actif commun (art. 1401-2°) peuvent être saisis par les créanciers du mari, (J. Toulouse, 29 mai 1903, *Droit*, 16 oct. 1903, Table *Gaz. Pal.*, 1903. 2. V° *Communauté*, n. 1). Mais ces créanciers n'auraient pas action sur la nue propriété des propres de la femme (Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, 2e édit., III, n. 2988, note).

même après sa dissolution, en droit de se considérer comme créanciers de la communauté (1).

Quant aux créanciers du mari antérieurs au mariage, ils n'ont pas des droits aussi étendus sur les biens communs, lorsque la loi ou le contrat de mariage excluent leurs créances du passif commun. Ils profitent seulement, en fait et provisoirement pendant la communauté, de la confusion des deux patrimoines, le patrimoine commun et celui du mari.

569. La règle que nous venons de tracer ainsi ne semble pas comporter d'exceptions. Ne faut-il pas cependant en admettre une? Ne convient-il pas de refuser au créancier du mari toute action sur les biens communs, quand ce dernier a fait un acte qui excède manifestement ses pouvoirs comme chef de la communauté ? Prenons un exemple. Supposons que le mari fasse donation d'un immeuble commun, ce que l'article **1422** lui interdit. Cette donation : il l'a faite à titre de constitution de dot au profit, par exemple, d'un neveu, ce qui entraîne une obligation de garantie pour le mari constituant. Cette obligation de garantie est-elle à la charge de la communauté ? Il faut répondre non. Admettre l'affirmative, ce serait fournir au mari un moyen facile de réduire à l'état de lettre morte la disposition prohibitive de l'article **1422**; ce serait favoriser une de ces *fraudes* que déjà l'ancien droit recommandait de déjouer.

De même, quand le mari a consenti comme chef de la communauté, à l'occasion d'un des biens de la femme, un bail excédant les limites tracées par l'article **1429**, ce texte ne décide-t-il pas que le bail, en tant qu'il est excessif, est sans effet à l'égard de la femme ?

Nous ne dissimulons pas que cette thèse entraînerait peut-être une dernière solution, d'après laquelle la communauté ne serait pas tenue de l'obligation de garantie contractée par le mari qui aurait vendu l'immeuble propre de la femme, notamment s'il l'avait vendu comme sien à un tiers de bonne foi. Un tel système, — c'était finalement celui de Pothier (2),

(1) V. *infrà*, II, n. 1191.

(2) Pothier, *Communauté*, n. 253. — V. *infra*, I, n. 753, l'examen de cette controverse.

déjà fortement battu en brèche dans l'ancien droit, rallie peu de partisans sous l'empire de notre code civil. Peut-être est-ce regrettable. Il satisferait l'esprit d'équité, et permettrait à la femme de revendiquer sans danger son immeuble. La communauté serait seulement tenue à la restitution du prix, s'il avait été encaissé pendant sa durée.

Quoi qu'il en soit, dès maintenant, nous devons constater qu'il est possible de maintenir notre thèse, en ne l'appliquant que dans les hypothèses où il est manifeste que le mari a dépassé ses pouvoirs comme chef de la communauté sur les biens communs.

570. Dans cette étude de l'obligation de la communauté aux dettes contractées par le mari pendant la durée de la vie commune, se présente encore l'examen d'une difficulté. Au cas où il s'agit d'une dette excédant 150 francs et dont la preuve ne peut pas être faite par témoins, le titre sous-seing privé, opposé par le créancier à la femme ou à ses héritiers, fait-il foi de sa date comme de son contenu (art. 1322)? Ou bien ce titre ne leur est-il opposable que s'il a acquis date certaine avant la dissolution de la communauté? L'opinion commune est que la femme ou ses héritiers ne sont pas des tiers au sens de l'article 1328. Le mari, chef de la communauté, oblige la femme acceptante comme lui-même. Après l'acceptation de l'épouse, dit-on, il se trouve avoir été le mandataire de celle-ci, dans la limite des pouvoirs que la loi accorde au mari. Cette idée de mandat ne nous semble guère exacte. La vérité est plutôt que le mari est constitué par la loi le représentant de la femme dans la mesure où elle est associée. Si tant est d'ailleurs qu'il existe un mandat, ce dernier est bien peu rigoureux à l'égard du mari. Il n'engage guère sa responsabilité et ne lui impose qu'avec de singulières atténuations l'obligation de rendre compte, puisqu'il lui est interdit seulement de s'enrichir aux dépens de la communauté. Ne serait-il pas plus vrai de dire, en tant que le mari agit en sa qualité de chef de la communauté et dans la limite de ses pouvoirs, qu'il est constitué par la loi le représentant de sa femme sans être son mandataire, puisqu'il ne lui doit aucun compte de son adminis-

tration (1) ? Mais l'idée qu'il existe dans notre hypothèse un mandat, — s'harmonisant bien mal cependant avec le pouvoir pour le mari d'obliger la communauté par ses délits, et qui ne se comprend bien que si l'on envisage les pouvoirs du mari comme administrateur des biens propres de sa femme, — est assez répandue. D'ailleurs, ajoute-t-on, l'article 1578 montre avec quelle indulgence les règles du mandat s'appliquent parfois entre époux (2).

Au surplus, soit que l'on s'attache à l'idée de mandat, soit que l'on considère, avec plus d'exactitude à notre avis, que le mari est constitué par la loi le représentant de sa femme dans la mesure où elle est associée, on peut décider que les actes sous-seing privé émanés du mari feront foi de leur date contre l'épouse, sauf à admettre cette dernière à prouver qu'un acte a été antidaté, et que, malgré les apparences, il n'a été souscrit qu'après la dissolution de la communauté (3).

571. La règle d'après laquelle la communauté est obligée par les dettes du mari nées au cours de l'association conjugale, est vraie non seulement des obligations conventionnelles, mais encore de celles qui naissent de quasi-contrats, de quasi-délits et même de délits. Toutefois l'article **1425** apportait, avant l'abolition de la mort civile, une grave dérogation à la règle d'après laquelle *toute dette du mari née durant le mariage oblige la communauté.*

Aux termes de cet article **1425** : « *Les condamnations prononcées contre l'un des époux pour crimes emportant mort civile, ne frappent que sa part de la communauté et ses biens personnels.* »

Déjà, l'ancien droit admettait que la communauté n'était pas tenue de l'amende prononcée contre le mari par un jugement édictant contre lui une de ces peines dites capitales, et

(1) Aix, 16 juin 1886, *Gaz. Pal.*, Table quinquennale, 1887-91, p. 282, n. 186.
(2) V. *infra*, III, n. 1515 s.
(3) Cpr. Req., 13 mars 1854, S. 54. 1. 529, D., 54. 1. 100. — Nancy, 25 juill. 1868, S., 69. 2. 86. — Dijon, 6 juill. 1883, S., 84. 2. 44. — Rodière et Pont, *op cit.*, II, n. 830; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 748 *bis*; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, VI, sur l'article 1328, n. 38. — Cpr. Aubry et Rau, *op. cit.*, VIII, § 758, texte et notes 128, 160, p. 259.

lui faisant perdre de plein droit son état civil. On ne peut pas dire, observait-on, que cette dette ait été contractée pendant la communauté, puisque le jugement qui prononce la peine et duquel la dette de l'amende est née, a opéré la dissolution de cette communauté. Ceci n'était pas tout à fait exact, puisque la dissolution de la communauté ne datait que de l'exécution de la condamnation. La vérité est que l'ancienne jurisprudence avait reculé devant cette iniquité, à savoir que la mort civile aurait pu entraîner la confiscation de toute la communauté (1). Il était également admis, bien qu'il y ait eu quelques hésitations sur ce point, que la communauté n'était même pas tenue des réparations civiles, « si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'elle en aurait profité » (2).

Ces deux solutions avaient été consacrées par l'article 1425 du code civil de 1804, dont le texte, parlant de *condamnations prononcées*, ne faisait pas de distinction entre les amendes, les dommages et intérêts et les frais.

La mort civile ayant disparu de notre droit depuis la loi du 31 mai 1854, on admet, très généralement, que l'article 1425 a désormais perdu toute utilité.

572. Cependant quelques dissidences se sont produites. On a objecté ingénieusement que la disposition de l'article 1425 était une conséquence, non du jugement de condamnation qui ne dissolvait pas la communauté, mais de la gravité des faits motivant les peines emportant mort civile. Or, les crimes dont il s'agit n'ont point perdu de leur énormité aux yeux du législateur.

Les motifs qui ont fait supprimer la mort civile ne sont nullement incompatibles avec le maintien de l'article 1425. Pourquoi ne pas continuer à l'appliquer toutes les fois que

(1) V. Cout. de Vermandois, bailliage de Laon, art. 12; Dumoulin, *Œuvres*, édit. 1681, II, p. 705. — V. également les annotations sur la coutume de Vermandois, édit. 1728, I, notes de Buridan, p 19, notes par de la Fons, p. 5. Coutume de Châlons, art.263, p. 111, notes Godet et *Cout. de Châlons*, annotée par Billecart, art. 203, p. 192, art. 349, — *Cout. de Rheims*, Coutumier général, II, p. 513.

(2) Pothier, *Communauté*, n. 249. — Sur les effets de la mort civile à l'égard des biens communs, et l'évolution de l'ancienne jurisprudence, voir Richer, *Traité de la mort civile*, p. 347 à 373.

le mari sera condamné à une peine dont l'exécution, avant 1854, l'aurait frappé de mort civile (1) ?

Il nous semble difficile d'adhérer à cette manière de voir et de maintenir aujourd'hui l'application de l'article 1425 (2). Sans doute, le jugement de condamnation à une peine emportant mort civile ne dissolvait pas la communauté qui ne prenait fin que par l'exécution de la condamnation. Mais cette dissolution du régime suivait de très près le jugement, de telle sorte que le recouvrement des condamnations pécuniaires, quelque prompt qu'il fût, ne pouvait guère, d'ordinaire, être poursuivi qu'après la dissolution de la communauté. Voilà pourquoi le législateur avait décidé qu'il serait limité à la part de communauté revenant au condamné. Aujourd'hui, à moins de séparation de corps ou de divorce, la communauté subsiste, et il est impossible de limiter la poursuite des créanciers à une part dans cette communauté, qui, peut-être, ne sera dissoute qu'après une longue série d'années. D'ici là, il faut ou bien restreindre la poursuite du créancier aux biens personnels du condamné, — ce qui serait, au préjudice des tiers, une aggravation de l'article 1425, — ou admettre la dette dans le passif provisoire de la communauté par application du droit commun écrit dans l'article 1424. Il paraît tout au moins impossible de restreindre la poursuite du créancier à la moitié des biens communs.

573. II. Nous venons de parler de l'obligation aux dettes ; il nous faut désormais étudier la théorie de la contribution, et déterminer les cas dans lesquels la communauté ne paie que moyennant une récompense les dettes nées à la charge du mari. Ainsi, après avoir mis les créanciers du mari en présence de cet époux et de la communauté, et après avoir reconnu leur droit de poursuivre, leur paiement sur les biens communs, nous allons mettre en présence les conjoints ou leurs héritiers.

La communauté doit-elle payer sans recours ou récom-

(1) Mérignhac, *Traité de la communauté*, I, n. 933, et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 933.

(2) Req., 2 mai 1864, S., 64. 1. 321, D., 64. 1. 266. — Voir dans Sirey la fin du rapport de Renault d'Ubexi.

pense toutes les dettes nées à la charge du mari pendant sa durée ? Non, et il résulte de l'article 1409-2° que le mari devra une récompense si c'est dans son intérêt personnel qu'il a souscrit l'engagement. L'article 1437 consacre la même règle et impose une récompense au mari s'il a, par exemple, contracté des dettes dont l'effet a été l'amélioration de ses biens propres.

Nous n'insisterons pas ici sur cette première hypothèse, que nous retrouverons plus tard en étudiant l'article 1437 (1).

Mais le code civil veut également que le mari tienne compte à la communauté des amendes qu'il a pu encourir comme conséquence d'un délit pénal par lui commis.

Aux termes de l'article 1424, en effet : « *Les amendes « encourues par le mari, pour crimes n'emportant pas mort « civile, peuvent se poursuivre sur les biens de la commu- « nauté sauf la récompense due à la femme* », lisons *à la communauté*. L'importance de cette rectification qui va de soi se manifeste à divers points de vue que nous retrouverons, mais qu'il ne convient pas de signaler ici (2).

Observons encore que tout le monde est d'accord pour donner à la communauté une récompense contre le mari en raison des amendes, qu'elles aient été encourues pour crimes, délits ou contraventions, peu importe.

Il est vrai que l'article 1424 ne parle que des amendes encourues pour *crimes n'emportant pas mort civile*. Mais la distinction si nette, consacrée par le code pénal de 1810, entre les mots *crime, délit et contravention* était loin d'être en usage dans l'ancien droit, et même au commencement du XIX^e^ siècle. Les mots *crime* et *délit* étaient souvent employés l'un pour l'autre. Les législateurs du code civil ont certainement entendu désigner, dans l'article 1424, toutes les infractions à la loi pénale autres que les crimes emportant mort civile, qui étaient régis quant à leurs conséquences pécuniaires par l'article 1425 (3).

(1) V. *infra*, I, n. 834 s.

(2) V. *infra*, I, n. 790 s.

(3) Bordeaux, 10 mai 1871, S., 71. 2. 136, D., 71. 2. 219. — Paris, 20 sept. 1872, S., 75. 1. 113, D., 75. 1. 118, sous Cass., 9 déc. 1874. — Pau, 23 mai 1877,

En tout cas, nous ne pouvons étendre l'article 1424 aux amendes de pure discipline. Celles-ci ne supposent pas un « crime », même dans le sens le plus large de l'expression (1).

574. Quoi qu'il en soit, la communauté ne supporte l'amende dont est frappé le mari que sauf récompense. Mais la loi est muette relativement aux réparations civiles. Ces réparations civiles, qui sont certainement une dette de la communauté, n'y tombent-elles qu'à la charge de récompense ou sans récompense? Il y a sur ce point une controverse. Notre ancien droit n'accordait à la communauté aucune récompense, ni pour les réparations civiles, ni pour l'amende (2). L'idée de nos vieux auteurs, c'est que le mari, seigneur et maître, peut disposer de la communauté. Le seul fondement de l'indemnité à laquelle cette communauté peut avoir droit, le cas échéant, c'est le bénéfice que le mari a tiré des actes qu'il a accomplis.

Pour beaucoup d'interprètes le mot « amende », dans l'article 1424, ne doit pas être pris dans son sens juridique. Il comprendrait, dans notre texte, toutes les condamnations pécuniaires auxquelles peut donner lieu un acte illicite.

Certes, en bonne législation, cette thèse devrait triompher. Avec elle deviendrait enfin une vérité, cet adage ancien que le forfait du mari ne doit pas nuire à la femme, ni celui de la femme au mari. Les peines doivent être personnelles, qu'elles aient le caractère pénal proprement dit ou constituent seulement des réparations pécuniaires, peu importe. La communauté ne devrait les supporter que si elle en a profité, par exemple lorsque, selon l'expression pittoresque de Godet sur la coutume de Châlons, le mari « est un cou-

S., 77. 2. 333. D. 78. 2. 190. — Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 837 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, p 333; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit*, VI, n. 68 *bis*, I ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 54 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 646; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 749 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 176 ; Planiol, *op. cit.*, III, (2e édit.), n° 1088.

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 838 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509 texte et note 26, p. 333 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 743. — *Contra* Arntz, *op. cit.*, III, n. 646.

(2) Pothier, *Communauté*, n. 248.

pable condamné pour *avoir fait mitaine de la bourse de son maître* (1). »

Mais le législateur de 1804 a été trop respectueux des traditions pour adopter toutes les conséquences de cette règle d'équité. L'article 1424 n'accorde récompense à la communauté que pour les *amendes*, par opposition à l'article 1425 qui, au cas de mort civile, la déchargeait de toutes les *condamnations*.

Aussi le désaccord règne-t-il entre ceux qui essaient d'entendre plus largement l'article 1424. Les uns accordent récompense des frais, mais seulement des frais faits devant la juridiction répressive, pour la constatation de la responsabilité pénale (2).

D'autres repoussent toute distinction. Le mari devrait une récompense, non seulement pour les dépens du procès criminel, correctionnel ou de simple police, mais encore pour les réparations civiles (3).

Il est impossible, à notre avis, de mieux répondre que ne l'a fait la chambre civile de la cour suprême, en rejetant sur ce point le pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour de Paris du 20 septembre 1872. « Attendu, dit la cour de cassation, « que si, contrairement à notre ancien droit, et *par excep-* « *tion au principe* que les dettes faites par le mari durant la « communauté tombent sans récompense à la charge de « celle-ci, l'article 1424 n'y fait tomber que sauf récompense « les *amendes* qui, étant des *peines*, doivent exclusivement « frapper le coupable.... (4). »

(1) V. dans le tome I du Coutumier de Vermandois (édit. 1728), p. 111. — V. aussi Louet et Brodeau, Lettre C, n. 35 avec indication des autorités; Coutume du Poitou, art. 201 et les notes de Boucheul, I, p. 501, n. 11 s.

(2) Bordeaux, 10 mai 1871, S., 71. 2. 136, D., 71. 2. 219. — Arntz, *op. cit.*, III, n. 646.

(3) V. les motifs de l'arrêt de Bordeaux précité et, d'autre part, Delvincourt, *op. cit.*, III, p. 19 et p. 33 des notes, note 6; Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, II, p. 433 et 437 ; Cubain, *Droit des femmes*, n. 194 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 833 ; Laurent, *op cit.*. XXII, n. 59 ; Delsol, *Explication élémentaire du code civil* (77-78, 3e édit.), III, p. 58. — V. égal. la note dans Sirey, 75. 1. 113 et Pau 23 mai 1877, S., 77. 2. 333, D., 78. 2. 190.

(4) Civ. rej., 9 déc. 1874, S., 75. 1. 113, D., 75. 1. 118. — Douai, 30 janv. 1840, S., 40. 2. 322. — Paris, 26 mars 1885 (réformant un jugement de Corbeil), S.,

Tout en regrettant la timidité du législateur dans son innovation sur l'ancien droit, nous devons la constater. Ce n'est pas sans dessein qu'il a opposé le mot *amende* de l'article **1424** à l'expression *condamnation* de l'article **1425**. Il a maintenu la règle d'après laquelle la communauté doit supporter toutes les dettes du mari. L'article **1409-2°** et l'article **1424** y apportent une exception qu'on doit interpréter restrictivement. D'ailleurs, il était assez délicat de tracer la ligne de démarcation entre les obligations qui entraîneraient une récompense et celles qui n'y donneraient pas occasion. Fallait-il ranger parmi les premières la dette de dommages et intérêts ? Alors, il eût été logique de la soumettre à la récompense, qu'elle eût son origine dans une infraction pénale, dans un délit purement civil ou même dans un quasi-délit, sans distinction entre ces hypothèses diverses. Or, tous les interprètes reconnaissent que le législateur n'a pas songé à aller jusque-là, et que l'article **1424**, — le mot crime y a été introduit pour marquer énergiquement cette condition, — suppose une infraction à la loi pénale. On conçoit donc que le législateur ait reculé devant une distinction entre les dommages et intérêts dus à la suite d'une infraction à la loi pénale, peut-être d'une simple contravention, et ceux qu'entraîne un délit civil. Il a laissé au compte de la communauté, selon le droit commun, toutes les condamnations civiles. Seules, les amendes qui ont le caractère d'une véritable *peine*, doivent, d'après lui, donner lieu à une récompense.

575. Une question peut encore s'élever dans cet ordre d'idées. Nous avons admis que la loi du 31 mai **1854**, en abolissant la mort civile, avait indirectement rendu inutile l'article **1425**, tout au moins dans les relations du créancier du mari condamné et de la communauté. D'après la remarque de Devilleneuve (1), l'article **1425** suppose une condamnation qui, à brève échéance, entraîne la dissolution de la

86. 2. 53 (il s'agissait de frais d'avoués et d'honoraires d'avocats). — Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et note 27; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 68 *bis*, IV ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 752 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 176.

(1) S., **52. 2. 193.**

communauté. Cette dissolution est la raison pour laquelle le législateur retire au créancier le droit de se faire payer sur les biens communs.

Mais, de ce que l'article 1425 ne peut plus enlever aux créanciers le droit de poursuite contre la communauté, en devons-nous conclure que ce texte est également devenu sans influence dans les rapports des époux entre eux ? Sous l'empire de cet article, la communauté ne contribuait pas plus au paiement des dommages et intérêts ou des frais, qu'à celui des amendes encourues pour un crime emportant la mort civile. Elle devenait étrangère à toutes les condamnations prononcées contre le mari pour un crime de cette nature. Ne pourrait-on pas soutenir que, malgré l'abolition de la mort civile, la femme ou ses héritiers ont le droit d'exiger du mari le remboursement intégral à la communauté de toutes les sommes payées par cette dernière, même pour frais ou dommages et intérêts auxquels le mari a été condamné à la suite d'une peine qui eût jadis emporté la mort civile ? Ceux qui veulent maintenir l'article 1425 lui conservent tous ses effets, et cette solution mixte ne semble pas avoir rallié de partisans. Il semble toutefois regrettable que, à ce dernier point de vue, la condition faite à la communauté, par suite des crimes du mari, soit plus rigoureuse dans notre législation actuelle qu'elle ne l'était dans l'ancien droit et sous l'empire du code civil avant la loi du 31 mai 1854. Cet effet inattendu de l'abolition de la mort civile est d'autant plus fâcheux que, si les peines perpétuelles ne dissolvent plus de plein droit le mariage, elles sont une cause de divorce assez souvent invoquée, et qu'à la suite d'une condamnation qui, avant 1854, aurait entraîné la mort civile, le mariage se trouve presque aussi rapidement dissous par le divorce qu'il l'aurait été par la mort civile.

II. *Obligations de la femme.*

576. En règle générale, les actes accomplis par la femme au cours de l'association conjugale n'engagent pas les biens communs. L'épouse n'a qualité, ni pour administrer, ni, par suite, pour obliger la communauté.

Si elle ne l'oblige point en contractant, à plus forte raison ne l'oblige-t-elle pas par ses quasi-contrats, ses quasi-délits ou par ses délits.

Ce principe comporte toutefois de très importantes atténuations.

Pour les dégager, nous allons envisager successivement les situations diverses que voici :

1° La femme a contracté comme mandataire de son mari, sans s'obliger elle-même.

2° L'épouse s'est obligée avec l'autorisation de son conjoint.

3° La femme s'est obligée avec l'autorisation de la justice.

4° Nous examinerons les obligations nées à la charge de l'épouse par suite de quasi-contrats, de délits et de quasi-délits.

5° Nous dirons enfin quelques mots des obligations résultant de l'exercice des actions judiciaires.

I. *Dettes que la femme contracte en agissant comme mandataire de son mari.*

577. Sur ce premier point, nous pouvons être brefs après les explications que nous avons déjà fournies sur le mandat tacite qui, d'après nos mœurs, appartient à toute femme mariée. Ce mandat comporte sans conteste le pouvoir d'acheter, avec le crédit d'usage, les provisions du ménage et, en général, les fournitures nécessaires à la famille (1).

En dehors de ce cas particulier de mandat tacite, la femme peut être plus ou moins fréquemment le mandataire de son mari dans les termes du droit commun. Le mari a, en effet, le droit de choisir qui il veut comme représentant, soit pour une affaire spéciale, soit d'une manière générale pour l'administration de ses propres biens, des biens communs ou des biens personnels de l'épouse. En confiant à sa femme un mandat révocable, le mari, selon les principes ordinaires du mandat, est censé agir lui-même par son entremise. Aucune atteinte n'est portée à la règle de l'immutabilité

(1) V. *supra*, I, n. 500 s.

des conventions matrimoniales, car le chef de famille, toujours maître de révoquer ce mandat, n'abdique aucune des prérogatives qu'il tient de la loi ou du contrat de mariage (1).

Ceci posé, aux termes de l'article 1420 : « *Toute dette* « *qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la pro-* « *curation générale ou spéciale du mari est à la charge de* « *la communauté ; et le créancier n'en peut poursuivre* « *le paiement ni contre la femme, ni sur ses biens person-* « *nels.* »

On peut résumer très simplement les effets des obligations ainsi contractées par la femme comme mandataire de son mari, en disant, avec l'article 1420, que selon le droit commun, l'épouse ne s'oblige pas elle-même, mais oblige le mandant, son mari. Les créanciers avec lesquels elle a traité n'auront par conséquent d'action que sur les biens du mari et sur ceux de la communauté.

Quant à la dette, elle sera définitivement supportée par le mari ou par la communauté, selon qu'elle profitera à l'un ou à l'autre. On appliquera sur ce point la théorie générale des récompenses.

578. Les seules questions importantes sont les suivantes : Dans quels cas ce mandat existe-t-il ? Quand la femme est-elle mandataire de son mari ? Et dans quelle mesure est-elle tenue de lui rendre compte ?

Il n'y a point de difficulté si une procuration écrite a été donnée à l'épouse.

La question n'est pas plus douteuse lorsqu'un mandat verbal est reconnu ou prouvé en justice par un aveu, par un refus de serment ou, dans les limites du droit commun, par témoignages ou par présomptions.

Mais, au lieu d'être exprès, écrit ou verbal, le mandat donné par le mari peut n'être que tacite. Nous avons étudié le cas le plus ordinaire d'un pareil mandat à l'occasion des achats faits dans l'intérêt du ménage (2).

(1) V. *supra*, I, n. 98.

(2) V. *supra*, I, n. 500 s. — L'achat d'une bicyclette pour l'enfant issu du com-

579. La pratique nous en révèle d'autres exemples en dehors de cet ordre d'idées.

C'est ainsi que l'on a admis la validité d'un bail où la femme avait figuré seule, dans un cas où il était urgent d'assurer le logement de la famille, le mari étant non présent (1). Dans les hypothèses de ce genre, au lieu d'être mandataire tacite, la femme agira parfois plutôt comme un gérant d'affaires ou comme un porte-fort. Il faut à ce sujet consulter les circonstances. Les obligations ainsi contractées par l'épouse agissant au lieu et place du mari ne seront valables que si ce mari les ratifie (2).

580. Quoi qu'il en soit, nous verrons un mandat tacite dans l'hypothèse assez fréquente où le mari commerçant étant peu lettré ou tout à fait absorbé par la direction matérielle de son établissement, charge sa femme de tenir ses livres, de faire sa correspondance, soit pour les recouvrements, soit pour les achats. La caisse est dans ses attributions exclusives. Elle reçoit et fait les paiements, signe les effets de commerce avec mention qu'elle agit par procuration de son mari. Pourquoi donc dans tous ces cas, sans s'obliger elle-même, ne l'obligerait-elle pas comme le ferait un commis, remplissant le même rôle dans la maison de commerce (3) ?

581. Mais il n'est pas indispensable de qualifier exercice d'un mandat tacite confié à la femme, son intervention dans la gestion de ses biens personnels pour suppléer à la négligence de son mari. Bien qu'on puisse devenir le mandataire conventionnel de son mandataire légal pour sa propre chose, il convient, dans notre hypothèse, de rechercher s'il y a eu exercice d'un droit propre de la part de la femme. La comparaison des termes de l'article **1428** et ceux des articles **1421** et **1549** montre que le législateur ne réserve pas au mari

mun mariage peut-il être fait par la femme en vertu du mandat tacite de l'article 1420? V. dans le sens de la négative, J. Sceaux, 28 août 1895, *La Loi* 3 sept. 1896.

(1) Bordeaux, 29 mars 1838, S., 38. 2. 389. — Guillouard, *op. cit.*, II n. 874.

(2) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 877.

(3) Req., 22 juill. 1891 (motifs) S., 93. 1. 65. - Cpr. Bruxelles, 23 juin 1884, D., 86. 2. 185. — Guillouard, *op. cit.*, II, n. 875.

l'administration des biens propres de l'épouse avec la même rigueur que s'il s'agissait des biens dotaux ou des biens communs. Ceci est vrai spécialement des actes conservatoires (1). Toutefois, lorsque ces actes de gestion font naître des engagements à terme, on comprend qu'au lieu d'agir en son nom personnel, la femme préfère agir comme mandataire de son mari, obligeant celui-ci sans s'obliger elle-même.

582. Le mari laisse souvent à sa femme la disposition de certaines sommes pour ses besoins personnels et ceux du ménage. Du mandat tacite qu'elle obtient ainsi de gérer ces sommes, peut résulter, pour l'épouse, celui de placer les économies qu'elle pourra réaliser, ou de placer temporairement l'excédent disponible à certaines époques, sauf à le retirer ensuite pour parer à l'insuffisance des ressources à d'autres moments. L'article 6 de la loi du 9 avril 1881 sur la caisse d'épargne postale, rendu applicable aux autres caisses d'épargne par l'article 21 alinéa 1er de cette loi, dont la disposition est reproduite dans l'article 16 de la loi du 20 juillet 1895, ne fait guère que suivre ces principes. On en peut rapprocher l'article 13 alinéa 4 de la loi du 20 juillet 1886 sur la caisse nationale des retraites pour la vieillesse, et l'article 3 de la loi du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels.

Mais comme l'exercice de ce mandat, — que la femme l'utilise pour déposer des fonds ou pour en opérer le retrait, — n'engendre point de dette à la charge de la communauté, et comme dans les difficultés nées de l'interprétation et de l'application de ces lois de 1881, de 1895 et de 1886, il s'agit plutôt de préciser dans quelle mesure la femme peut légalement prendre part à côté du mari à la gestion des intérêts communs, nous nous réservons d'en traiter plus amplement, quand nous étudierons les principes de l'administration de la communauté (2).

(1) V. Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 317 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 906 *in fine*. — Marcadé, sur l'art. 1428, n. 1 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 174, 175.

(2) V. *infra*, I, n. 638 s.

582 *bis*. En principe, la femme mandataire de son mari est, comme tout mandataire, tenue, en vertu de l'article 1993, de l'obligation de rendre compte. Cette solution se justifie, surtout, en cas de mandat exprès pour une affaire déterminée (1). Mais cette obligation de rendre compte ne pèse pas sur elle avec la même rigueur que sur un étranger. La jurisprudence a depuis longtemps admis qu'il faut atténuer cette obligation toutes les fois qu'il existe des relations d'intimité entre le mandant et le mandataire (2). Ceci est particulièrement vrai du mandat général de gérer la communauté assez souvent confié par le mari à la femme, ou encore du mandat confié à cette dernière d'administrer ses biens propres. On en est arrivé, parfois, à considérer que la preuve était déplacée, et qu'aucune condamnation ne devait intervenir contre la femme s'il n'était pas établi qu'elle a abusé de son mandat pour s'enrichir aux dépens de la communauté, ou qu'elle a fait disparaître frauduleusement ce qu'elle a touché en vertu du mandat (3).

II. *Dettes contractées par femme avec l'autorisation de son mari.*

583. Peu de théories nous paraissent hérissées d'autant de difficultés que celle qui a pour objet les obligations contractées par la femme autorisée de son mari, soit que celui-ci s'abstienne de tout engagement, soit qu'il s'oblige conjointement ou solidairement avec l'épouse.

Il semble cependant, à première vue, que les textes soient

(1) Agen, 16 juillet 1833 sous Req. 18 déc. 1834, S., 36. 1. 849. (La cour suprême a laissé de côté la question de droit ; en l'espèce, l'épouse avait, en vertu d'une procuration du mari, reçu une somme de 20.000 francs, dont elle n'indiquait pas l'emploi lors de la liquidation de la succession de son mari).

(2) V. Req., 9 janvier 1865, S., 65. 1. 63. D. 65. 1. 160. — Quant à l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 11 janvier 1843 (S., 43. 1. 443) parfois cité à côté de l'arrêt précédent, il semble ne prévoir qu'un mandat donné par les deux époux à un notaire, sans constatation de liens d'intimité entre le mandataire et les mandants.

(3) V. et cpr., Req., 18 déc. 1834 (motifs) S., 36. 1. 849. — Req., 25 novembre 1858, D., 69. 1. 148. — Orléans, 20 janvier 1859. S., 59. 2. 273 (note Dutruc), D., 59. 2. 17. — Bordeaux, 14 juin 1853, D., 54. 2. 39. — Besançon, 18 nov. 1862, S., 63. 2. 107. — Paris, 26 mars 1835, S., 86. 2. 53. — Paris, 7 janvier 1903. D., 1904. 2. 79. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du mandat*, n. 670 ; Guillouard. *Du mandat*, n. 132, 133; Planiol, *op. cit.*, II, 3e édit., n. 2217 *bis*.

assez nets. La communauté se compose, lisons-nous dans l'article 1409-2°... « *des dettes, tant en capitaux qu'arrérages* « *ou intérêts, contractées par le mari pendant la communauté,* « ou par la femme du consentement du mari, *sauf la récom-* « *pense dans les cas où elle a lieu.* » Voilà le texte fondamental. On l'oublie parfois pour ne considérer que l'article 1419, alors que cet article ne fait rien autre chose, à notre avis, que reprendre l'hypothèse prévue par l'article 1409-2° pour en déduire les conséquences.

N'y a-t-il pas, dans l'article 1409-2°, l'assimilation complète, quant à la communauté, des dettes du mari et de celles de la femme autorisée par son conjoint? Ces dettes ne pèsent-elles pas du même poids sur la communauté, sauf récompense dans les termes du droit commun ? N'est-ce pas le cas de dire qu'il n'y a rien de changé; il n'y a qu'un obligé de plus, la femme qui a contracté avec l'autorisation de son mari ?

Ceci est confirmé par l'article 1419 qui, ne voulant laisser subsister aucun doute sur l'étendue des droits de poursuite des créanciers, est ainsi conçu : « *Les créanciers peuvent pour-* « *suivre le paiement des dettes que la femme a contractées* « *avec le consentement du mari, tant sur tous les biens de la* « *communauté, que sur ceux du mari ou de la femme, sauf* « *la récompense due à la communauté ou l'indemnité due* « *au mari.* »

Et pourtant des controverses existent sur le caractère juridique de l'engagement des biens de la communauté et du mari. On se demande si l'article 1419 ne repose pas sur une exception à la règle : *Qui auctor est non se obligat.* Le mari se trouve-t-il personnellement obligé par cela seul qu'il autorise sa femme à contracter une obligation? Ou bien est-ce que la femme n'est pas seule obligée personnellement, l'article 1419 et l'article 1409-2° signifiant simplement que l'épouse autorisée du mari engage la communauté en même temps que ses propres biens ? Quant aux biens du mari, ils ne seraient alors exposés aux poursuites des créanciers de la femme que parce que ceux-ci auraient action sur les biens communs, et par suite de la confusion qui, durant toute la

communauté, existe aux yeux des tiers entre les biens du mari et les biens communs. N'y a-t-il pas là une conséquence de cette idée fondamentale en matière de communauté; telle que les traditions l'ont faite, à savoir que quiconque a action contre la communauté peut se faire payer sur les biens du mari, de telle sorte que, tant que dure cette communauté, on ne distingue pas entre le patrimoine commun et celui du mari ?

Une autre question, trop souvent négligée, est celle-ci : Est-il interdit au mari autorisant sa femme à contracter, de stipuler qu'il restera étranger à la dette, et que ni ses biens, ni ceux de la communauté ne seront le gage du créancier, lequel n'aurait d'action que sur les biens propres de l'épouse ? En un mot, les articles 1409-2° *in fine* et 1419 sont-ils des dispositions d'ordre public auxquelles il n'est pas permis de déroger ?

584. Il importe, pour bien saisir la pensée du législateur, d'étudier séparément, — sauf à les rapprocher mentalement, — les trois hypothèses suivantes :

1° Le mari se borne à autoriser l'obligation contractée par la femme ;

2° La femme s'oblige solidairement avec son époux ;

3° La femme s'oblige conjointement avec le mari.

Reprenons chacune de ces hypothèses.

585. Première hypothèse. — Le mari se borne à autoriser l'obligation contratée par la femme.

Dans ce cas, quel est le droit de poursuite du créancier ?

Tout d'abord, il résulte des articles 1419, 1486 et de la lettre même du contrat, que la femme est obligée. Elle peut être poursuivie pour la totalité de la dette pendant la communauté et après sa dissolution. Voilà pour l'épouse.

Quant au mari, la règle générale est que, pendant la communauté, par cela seul qu'il a autorisé sa femme à s'obliger, il est exposé aux poursuites du créancier de l'épouse sur les biens communs et sur ses biens propres, cela pour la totalité de la dette (art. 1419). Mais en devons-nous conclure que le mari est lui-même un obligé personnel, et qu'il sera encore tenu de l'intégralité de la dette une fois la

communauté dissoute ? Tout dépend à cet égard du sens que l'on attribue aux articles 1409-2° et 1419. Or ces textes peuvent être entendus de deux manières.

586. Une théorie, qui se présente la première à l'esprit, a été généralement acceptée par les interprètes du code civil pendant trois quarts de siècle. Elle consiste à considérer le mari comme obligé personnel tout aussi bien que la femme, bien qu'il se soit borné à l'autoriser. Cela résulte, dit-on, de la force même des choses. Autrement, l'article 1419 serait inexplicable. De quel droit, en effet, le créancier de la femme pourrait-il, en cette seule qualité, saisir les biens de la communauté ? Au contraire, une fois admise l'obligation personnelle du mari, on comprend aisément que le créancier, ayant les deux époux pour obligés, ait action sur les propres de l'un ou de l'autre et sur les biens communs. D'ailleurs, il ne peut pas être question d'une véritable obligation de la communauté, puisque celle-ci ne jouit pas de la personnalité civile. Enfin, dit-on, cette dérogation à la règle : *Qui auctor est non se obligat* se justifie très bien, car, le plus souvent, l'obligation aura été contractée dans l'intérêt du mari ou de la communauté, caissière des époux, usufruitière de leurs biens personnels. Et, sans aller jusqu'à subordonner à cette circonstance, qui peut ne pas exister (1), l'obligation du mari, il est bon d'éviter aux tiers une déception et même une méprise. Il est bon de couper court aux habiletés de certains maris qui seraient tentés de faire engager leurs femmes sans contracter eux-mêmes aucune obligation. Or, les tiers peuvent se faire illusion sur le rôle du mari. Il est si difficile de voir en lui un protecteur désintéressé de la femme dans les contrats qu'elle passe, pendant la communauté, avec son consentement (2) !

(1) V. Civ. cass., 2 fév. 1892, S., 92. 1. 134.

(2) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 247; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 41 *bis*, XXI ; Demolombe, *op. cit.*, IV, n. 310 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 845, 846; Arntz, *op. cit.*, III, n. 650; Planiol, *op. cit*, III, (2e édit.) n. 1092. — Req., 17 janv. 1881, S., 81. 1. 126, D., 81. 1. 145. — Paris, 20 fév. 1891, S., 93. 2. 161, note Meynial. — Cpr. Thaller, *Rev crit.*, 1882, p. 587 s.

587. Cette argumentation nous paraît manifestement insuffisante. D'abord, le régime de communauté est un régime de confiance et d'union d'intérêts entre les époux. Il serait bien étrange que le législateur y eût introduit des mesures de suspicion contre le mari, et qu'il l'eût présumé légalement le véritable intéressé se dissimulant derrière la personnalité de sa femme, par cela seul qu'il l'autorise à contracter. D'autre part, est-il bien vrai que les tiers se méprendront sur le sens de ces déclarations si simples : « que la femme s'oblige et que le mari l'autorise », sans rien ajouter de plus ? Enfin, dans son arrêt du 2 février 1892, la Chambre civile de la Cour suprême (1) proclame avec raison ce principe, à savoir que, pour déterminer le débiteur vis-à-vis du créancier, il ne faut pas s'attacher à rechercher à qui ira le profit du contrat d'où naît l'obligation, mais bien qui a, dans ce contrat, consenti à être obligé. Allons-nous donc, d'ailleurs, poser en principe que l'application des articles 1409-2° et 1419 doit être restreinte aux seuls cas dans lesquels le créancier aura pu se tromper sur les intentions du mari et croire, ou bien qu'il a voulu s'obliger avec sa femme, ou bien qu'il était le seul véritable intéressé en son propre nom ou comme chef de la communauté ?

588. Aussi n'est-il pas surprenant qu'une autre explication des articles 1409-2° et 1419, plus récente que la précédente, ait rallié d'importants suffrages. « En principe, dit Laurent (2), celui qui autorise ne s'oblige pas... C'est la femme qui contracte, c'est elle qui est débitrice ; seulement la dette étant contractée avec autorisation maritale, la loi la fait tomber dans la communauté. L'article 1409 ne dit pas que le mari soit débiteur... Vient ensuite l'article 1419... Pourquoi les créanciers ont-ils (d'après ce texte), action sur les biens du mari, *quoique le mari n'ait point parlé au contrat?* C'est une conséquence du principe établi par l'article 1409 : la dette de la femme autorisée entre dans le passif de la

(1) S., 92. 1. 134.

(2) Laurent, *op. cit*, XXII, n. 70 et XXI, n. 428 s. ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 978 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 978; Huc, *op. cit.*, IX, n. 148. — Cpr. Lacoste, *Rev. crit.*, 1883, p. 739.

communauté. Or toute dette de la communauté peut être poursuivie sur les biens du mari, puisque les biens du mari et les biens communs ne forment qu'un seul patrimoine pour tout ce qui concerne les actes à titre onéreux... »

Il faut avouer cependant qu'un point reste obscur. Nous voyons bien comment le créancier, ayant action sur les biens communs, peut saisir les biens du mari, ou réciproquement. C'est une conséquence de la confusion qui, durant la communauté, règne au profit des créanciers de cette communauté ou du mari. Quiconque est en droit de saisir les biens d'un des patrimoines a, par cela même, le droit de faire vendre les biens compris dans l'autre patrimoine.

Mais là n'est pas la difficulté. Les partisans de la première doctrine répliqueraient toujours, ce semble, avec raison : « Vous ne nous montrez pas comment celui qui est créancier de la femme en vertu d'une obligation conventionnelle, souscrite par l'épouse seule au cours de la communauté, peut avoir action sur les biens de cette communauté. Nous disons, nous, que c'est parce que le mari qui a autorisé, étant lui-même obligé, les biens du mari et par suite ceux de la communauté sont le gage du créancier aussi bien que les propres de la femme également obligée, Or, vous niez cette obligation du mari ; *vous ne pouvez pas y substituer une obligation de la communauté, qui n'est pas une personne morale.* Dès lors, le créancier, n'ayant pas d'autre obligé que la femme, ne doit avoir action, dans votre opinion, que sur les biens de celle-ci. »

Malgré cette argumentation pressante, nous croyons que les partisans de la thèse la plus récente peuvent la justifier. En effet, puisque les obligations du mari sont exécutoires sur tous les biens communs et non pas seulement sur la moitié indivise dans lesdits biens, pourquoi ne pas trouver naturel que les obligations de la femme, *approuvées* par le mari, soient exécutoires également sur tous les biens de la communauté, puis, par suite, sur les biens du mari confondus avec ceux de la communauté aux yeux des tiers créanciers, et cela sans qu'il y ait à se préoccuper de l'éventualité d'une renonciation de la part de l'épouse? Après tout, les tiers ne

savent pas au juste à qui profite l'équivalent de l'obligation contractée. On ne peut pas les forcer à s'en enquérir. N'est-ce pas là toute la vérité ? Et puis, est-ce que le créancier de la femme antérieur au mariage, dont la créance tombe à la charge de la communauté, a le mari pour obligé personnel ? Assurément non. Cependant il peut se payer sur les biens de la communauté et par suite sur ceux du mari. Or, au cas d'acceptation par la femme de la communauté dissoute, le mari ne sera tenu que de la moitié de la dette (art. 1485).

On se récrie et, instinctivement, on est porté à dire qu'il n'en est pas de même des dettes que la femme a contractées pendant le mariage, puisqu'il suffit qu'elles aient été souscrites avec l'autorisation de la justice pour n'engager que l'épouse.

Est-ce bien sûr? Si les époux étaient des associés ordinaires, sur le pied de l'égalité, ayant le même droit d'administrer, les obligations des deux conjoints, contractées dans les limites de cette administration, seraient aussi exécutoires sur les biens communs. Mais l'article 1421 donne la prépotence au mari ; il en fait le seul maître de la communauté. Eh bien ! précisément, ne dépend-il pas de lui de lever, à sa guise, l'obstacle légal qui s'oppose à l'exercice des droits des créanciers de la femme sur les biens communs ? Sans aller jusqu'à dire, comme on l'a fait (1), que le mari renonce dans l'intérêt des créanciers de l'épouse à ses droits sur les biens communs, ou que l'article 1419 crée entre les époux un lien de solidarité (2), ne nous suffit-il pas d'observer que, par sa seule approbation de l'obligation de la femme, il autorise le créancier de celle-ci à considérer comme son gage les biens communs et ses propres à lui, confondus avec les biens de la communauté ? Ne peut-on pas également dire, si on le veut, que la femme pourvue de l'autorisation maritale a la faculté d'engager pour sa propre dette les biens de la communauté ? Nous ne prétendons pas que la communauté soit obligée en tant que

(1) V. Lacoste, *Rev. crit.*, 1883, p. 739 s.
(2) V. Civ. rej. 16 juillet 1902 D. 03.1.401 (note Capitant).

personne morale, mais seulement que le créancier de la femme est, dans l'espèce, autorisé à considérer les biens communs comme confondus avec les biens de l'épouse qui les a obligés comme siens.

589. Arrivés ici, nous nous heurtons à une objection. Ne portons-nous pas atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales, ou plutôt aux droits du mari comme chef? N'est-ce pas un principe d'ordre public que le mari administre seul la communauté et peut obliger seul les biens communs, c'est-à-dire en s'obligeant lui-même ? Peut-il se substituer la femme dans l'administration, autrement que par un mandat l'obligeant comme mandant sans obliger la femme mandataire ? Le principe ainsi formulé est exagéré. Le mari ne commet pas une abdication.

Il ne faut pas oublier, en effet, que la femme est copropriétaire des valeurs communes. Si son droit s'évanouit en cas de renonciation, il ressemble plutôt à un droit sous condition résolutoire qu'à un droit suspendu par une condition. Pourquoi ce droit *actuel* de copropriété ne serait-il pas considéré comme une partie intégrante du patrimoine de la femme et par suite du gage de ses créanciers ? Les droits du mari ne s'y opposent que dans le cas où la femme est autorisée seulement par la justice.

Encore la loi admet-elle, par exception, que l'épouse peut, dans quelques hypothèses, engager la communauté avec la seule autorisation de la justice (art. 1426, 1427).

Mais plusieurs textes nous montrent que, *précisément, il suffit de l'autorisation maritale* pour que le droit de poursuite des créanciers de la femme puisse s'exercer avec plus d'étendue. Les articles 1413 et 1416 nous en donnent des exemples remarquables, à propos des dettes des successions échues à la femme. Tandis que les créanciers d'une succession immobilière que l'épouse n'a acceptée qu'avec l'autorisation de la justice ne peuvent se pourvoir que sur la nue propriété des biens personnels de la femme, ils ont, au contraire, action sur la pleine propriété des mêmes biens, si l'acceptation de l'épouse a été autorisée par le mari (article 1413).

Une autre circonstance peut encore étendre le droit de poursuite des créanciers personnels de la femme, au point de leur permettre de saisir les biens de la communauté, et par suite ceux du mari, sans qu'ils deviennent créanciers ni de l'un ni de l'autre. Les articles 1510 et 1416 nous en donnent des exemples. Voici un créancier envers lequel la femme s'est engagée par acte ayant date certaine avant le mariage. Le contrat de mariage exclut de la communauté les dettes antérieures à la célébration, mais le mobilier de la femme n'a pas été inventorié ; il est confondu avec les autres valeurs mobilières de la communauté. Le créancier pourra, nous dit l'article 1510 alinéa 2, profiter de cette circonstance pour agir sur tous les biens de la communauté. Même solution relativement aux dettes d'une succession échue à la femme, celle-ci ne l'eût-elle acceptée qu'avec l'autorisation de la justice, si le mobilier de la succession n'a pas été inventorié (art. 1416 *in fine*, 1417. V. aussi art. 1510 al. 3).

Or, quand la femme, au cours de la communauté, s'est obligée par contrat avec l'autorisation maritale, le créancier, sans méconnaître que l'épouse soit son unique débitrice, n'est-il pas autorisé à tenir le langage suivant : Puisque l'obligation a été reconnue utile et sage par le mari lui-même, n'ai-je pas la faculté d'exercer, dans toute sa plénitude, mon droit de poursuite sur les biens de la femme, *sans que ce droit soit restreint par ceux du mari*? D'abord, j'ai le droit d'agir sur la pleine propriété des biens personnels de la femme. L'article 1413 montre bien, en effet, qu'il suffit que le mari ait autorisé l'obligation pour que le droit de jouissance de la communauté ne soit pas opposable au créancier personnel de l'épouse. Et pourtant, le cas prévu par l'article 1413 est tout spécial. L'obligation dont il s'agit est née antérieurement à l'engagement de la femme contre laquelle le créancier n'a de droit que du chef du défunt, la seule personne avec laquelle il ait traité. Cependant cette seule circonstance que, après coup, la femme s'engage envers le créancier héréditaire par l'acceptation de la succession, et fait cette acceptation avec l'autorisation de son mari, étend l'action du créancier à la

pleine propriété des biens de l'épouse aux dépens de la communauté, ainsi atteinte dans ses droits de jouissance. Mais ce n'est pas tout. La femme a dans son patrimoine un droit de copropriété indivis dans les biens communs. Pourquoi ce droit de copropriété ne serait-il pas, comme les autres biens de l'épouse, le gage commun et actuel de ses créanciers ? Un obstacle légal s'y oppose, si le mari n'a pas autorisé l'obligation de la femme. Les biens communs ont, en effet, la même affectation que l'usufruit des biens propres de l'épouse, à savoir l'entretien de la famille. Ils n'en peuvent être détournés contre la volonté du mari. Mais si cet obstacle se trouve levé par l'approbation que le mari a donnée à l'engagement de la femme, pourquoi le créancier, qui peut saisir les propres en nue propriété et jouissance, ne serait-il pas autorisé à étendre ses poursuites aux biens communs ? Sans doute, il devrait rigoureusement restreindre son action à la part de la femme dans la communauté : mais cette part est comme confondue dans la masse commune. D'ailleurs un droit indivis ne peut pas être utilement saisi et vendu (art. 2205), et le partage anticipé de la communauté est impossible. Par conséquent, il est équitable que le créancier ait action sur tous les biens de la communauté, parmi lesquels se trouve confondue une partie du patrimoine de sa débitrice. Dans cette explication, *c'est donc en vertu du seul engagement personnel de la femme et du chef de l'épouse* que des poursuites ont lieu, soit sur les biens communs, soit sur les biens du mari, confondus aux yeux des créanciers avec ceux de la communauté. Si l'autorisation maritale a une grande influence sur l'étendue des droits de poursuite du créancier, c'est parce que la jouissance des propres de la femme et son droit de copropriété dans le fonds commun ne peuvent être considérés comme le gage de ses créanciers personnels que si elle s'est obligée envers eux avec l'approbation et sous le contrôle de son mari.

Peut-être le législateur de 1804 n'aurait-il pas songé à donner une aussi complète extension au droit de saisie des créanciers de la femme autorisée de son mari, si cette extension n'avait pas existé jadis pour d'autres motifs qui ont dis-

paru, et à l'absence desquels il nous faut aujourd'hui suppléer. A l'origine, le mari, seigneur et maître de la communauté, seul détenteur des meubles sur lesquels on avait fait porter de préférence les dettes (1), avait sans doute été seul exposé aux poursuites des créanciers. Puis l'individualité de la femme s'affirmant de plus en plus avec les progrès de la civilisation, il parut juste que le mari fût de moins en moins tenu des dettes de l'épouse (2). Voilà comment, exposé à la contrainte par corps pour les dettes de la femme commerçante sous l'ancienne jurisprudence (3), le mari ne l'était plus dans le droit nouveau (4).

590. Quoi qu'il en soit, et après avoir assez longuement exposé la controverse qui vient de nous occuper, à raison de sa grande importance (5), il est possible, nous le croyons, de résumer notre doctrine dans les termes saisissants que voici :

La communauté constitue une association de biens dans laquelle il y a un chef, le mari. Cela implique que, en principe, celui-ci a seul le pouvoir de disposer des biens de l'association et de les donner en gage aux créanciers envers qui il s'oblige. Mais, en définitive, la femme est *copropriétaire* avec son conjoint. Par suite, si elle ne peut pas seule disposer des biens de la communauté, ou en général les engager par ses obligations, parce qu'elle n'a pas, elle, la direction de l'association, elle le peut tout naturellement avec l'autorisation de son mari, c'est-à-dire du copropriétaire, chef de la communauté. Cela explique comment, dans notre cas, la communauté se trouve tenue en vertu de l'engagement personnel de l'épouse.

Quant au mari, si les créanciers de la femme autorisée

(1) V. Beaumanoir (édit. La Thaumassière), chap. LIV et chap. XIII (édit. Salmon, 1900), II, n. 1593 s. et I, n. 456.

(2) « Le mari, nous dit Valin, est le maître de la communauté, et la femme n'a pas la faculté de l'engager, charger ou obliger sans l'aveu du mari ». V. Valin, *Coutume de la Rochelle*, art. 48, § 3, n. 45 (II, p. 745). — V. égal. l'art. 225 de la *Coutume du Poitou*.

(3) V. Boucheul, *Coutume du Poitou*, art. 227, I, p. 740.

(4) Troplong, *Contrainte par corps*, n. 313, 314. — Cpr., n. 547 s.

(5) Observons, toutefois, que le plus souvent les tiers ne se contenteront pas de la seule autorisation du mari, ils demanderont que celui-ci s'oblige également envers eux.

peuvent exercer des poursuites sur ses biens personnels, ce n'est point parce qu'il serait obligé personnellement avec ou sans solidarité. Ce serait, la conséquence de cette idée fondamentale, à savoir que, tant que dure la communauté, on ne distingue pas entre le patrimoine commun et le patrimoine du mari.

591. Ce système, que nous venons de développer et de résumer, est certes plus logique que l'opinion la plus anciennement soutenue. Pourtant, cette dernière compte encore de nombreux adhérents et, chose plus grave, elle vient d'être à nouveau consacrée par la cour suprême (1). D'abord nous ne faisons pas du mari un obligé personnel, alors qu'il s'est strictement borné à autoriser sa femme à contracter. Puis, les résultats de la thèse que nous défendons, déjà plus respectueux de la volonté des époux pendant le mariage, sont encore plus satisfaisants après la dissolution de la communauté. Au lieu de laisser le mari obligé pour la totalité de la dette, en cas d'acceptation de la communauté par la femme, il ne l'y oblige que pour moitié. Cette interprétation cadre mieux aussi avec la lettre des articles **1484** et **1485**, dont on peut rapprocher celle des articles **1426** et **1427** (2). L'article **1484** ne déclare, en effet, le mari obligé pour le tout que s'il s'agit d'une dette de communauté par lui contractée. Quant aux dettes personnelles à la femme, il n'en est tenu que pour la moitié si elles sont tombées à la charge de la communauté (art. **1485**). Or, la dette contractée, non par le mari, mais par la femme autorisée de son mari, tombe en communauté d'après l'article **1409-2°**. De quel droit la soustrairions-nous à l'application de l'article **1485** ?

Il n'est pas inutile, non plus, de remarquer que l'opinion par nous répudiée, aboutit à ce singulier résultat, à savoir

(1) V. Civ. rej., 16 juillet 1902, D. 1903. 1. 401 (note Capitant). S., 1905. 1.22.

(2) On ne saurait objecter que l'art. 220 déclare que la femme commerçante, en s'obligeant « oblige aussi son mari ». En effet, tout le monde reconnait que ce texte, — reproduction du langage des anciens auteurs, — n'est pas rédigé avec une exactitude irréprochable. Pourrait-on, par exemple, prendre à la lettre sa formule : « La femme, si elle est marchande publique, peut, sans *l'autorisation de son mari*, s'obliger » ?

que les deux époux sont obligés de la même façon, c'est-à-dire l'un et l'autre pour le tout, sans distinction entre le cas où, d'une manière expresse, ils se sont obligés solidairement et l'hypothèse où la femme a seule déclaré s'obliger, le mari se bornant à l'autoriser. La cour de cassation le dit même nettement dans ses deux arrêts du 23 avril 1888 et plus encore dans celui du 16 juillet 1902, qui trouve dans les termes de l'article 1419, la consécration d'une solidarité légale à laquelle l'article 1487 ne semble pas faire allusion (1). Une telle assimilation est-elle satisfaisante, équitable? N'est-elle pas trop dure envers le mari, qu'il suffirait bien de laisser tenu de la moitié de la dette, en vertu de sa simple autorisation, une fois la communauté dissoute et acceptée?

Sans doute, en cas de dissolution de la communauté suivie d'une renonciation de la femme, le mari pourra être poursuivi pour la totalité de la dette (art. 1494 et 1409-2°), bien que cette dette ait été contractée dans l'intérêt exclusif de l'épouse. Il devra se contenter de son recours contre celle-ci. Ce résultat provient de la manière traditionnelle de comprendre la transmission aux époux des dettes de la communauté dissoute. Le législateur aurait assurément pu décider que la dette contractée par la femme avec l'autorisation maritale ne grèvera la communauté que pendant sa durée, et, restera personnelle à l'épouse après la renonciation. Il semble même, au premier aspect, que cette solution soit la *conséquence forcée* de notre système. Bien mieux, le mari ne pourrait-il pas soutenir que, même en cas d'acceptation de la communauté, la part de la femme étant désormais fixée, les créanciers ayant cette femme pour seule obligée, ne doivent pas pouvoir exercer d'action sur sa part dans la communauté à lui, mari, non plus que sur ses biens propres. On comprend cependant que le législateur ait voulu asseoir sur des bases plus stables le droit de poursuite des créanciers de la femme.

(1) Civ. rej., 23 avril 1888, S., 89. 1. 25 (note Lacointa) — Civ. rej. 16 juill. 1902, S., 1905. 1. 22 et les renvois. — Demogue, *Rev. trim.*, 1904, p. 183. — — Cpr. Meynial note sous Paris, 20 fév. 1891 (S. 93. 2. 161, au milieu de la note). Voici encore un hypothèse dans laquelle on ne peut accuser la jurisprudence de sacrifier les intérêts de la femme à ceux du chef de la communauté.

On conçoit qu'il leur ait permis de considérer l'approbation de l'engagement de l'épouse par le mari, comme leur assurant sur les biens de la communauté un droit de saisie pur et simple, droit survivant à la dissolution même du régime et à la renonciation de leur débitrice. Les articles 1409-2° et 1419 nous paraissent conçus en ce sens, et c'est ainsi que la jurisprudence les interprète volontiers.

592. La question n'est pas seulement intéressante après la dissolution de la communauté; elle peut l'être auparavant.

Supposons la femme commerçante. Toutes les dettes ont été contractées avec l'autorisation tacite du mari (art. 4 C. comm.), toujours libre de révoquer son autorisation de faire le commerce. Puis, voici la femme déclarée en faillite ou mise en liquidation judiciaire ; elle obtient un concordat. Le dividende promis est payé; la femme est désormais libérée. Le mari ou la communauté peuvent-ils être poursuivis pour le surplus de la dette, dont il a été fait remise à la femme par le concordat ? Oui, disent les partisans de la doctrine que nous répudions (1). Non, selon nous, car la femme seule est personnellement obligée. Les biens de la communauté et du mari ne peuvent être saisis qu'autant que l'épouse est encore obligée et seulement pour ce qu'elle doit. Cette solution est évidemment la plus équitable. Les créanciers de la femme n'ont jamais obtenu d'engagement du mari.

L'hypothèse inverse ne nous embarrasse pas davantage. C'est le mari qui est commerçant, tombe en faillite et obtient un concordat. Que deviendront les dettes que la femme avait contractées avec l'autorisation du mari? Les articles 1409-2° et 1419 nous obligent à les faire figurer au passif de la faillite. Mais le concordat obtenu par le mari ne restreint pas le droit des créanciers contre la femme. Ici, nous arrivons à la même conclusion que nos adversaires, mais par des motifs différents. La femme à qui, aux yeux des tiers, les dettes par elle contractées sont personnelles, devra tout ce que le mari n'aura pas effectivement payé.

(1) V. Guillouard, *op. cit.*, II, n. 845.

593. La règle tracée par les articles 1409-2° et 1419 peut être d'une application particulièrement délicate lorsque la femme est commerçante. Le mari est-il tenu commercialement comme l'épouse elle-même ? Doit-il, comme elle, être cité devant la juridiction commerciale ? Est-il nécessairement déclaré en faillite en même temps que la femme, ainsi que le serait un associé en nom collectif ?

Ces questions sont embarrassantes dans l'opinion que nous répudions, voulant que le mari, par cela seul qu'il autorise la femme à contracter, s'oblige lui-même personnellement, on dit même solidairement. Elles sont plus aisées à résoudre dans notre système, qui ne voit qu'un seul obligé : la femme. Le mari n'étant pas obligé, aucune condamnation ne peut être prononcée contre lui. Il ne peut être cité en justice que pour assister et autoriser son épouse, unique défenderesse, dont la condamnation soit prononcée. Le jugement exécutoire contre la femme le devient de plein droit sur les biens de la communauté et par suite sur ceux du mari, pourvu qu'il y soit constaté que l'obligation de l'épouse avait été contractée avec l'autorisation maritale.

Mais la saisie des biens de la communauté ou des biens propres du mari ne peut être poursuivie que contre le mari, seul administrateur des biens communs ou seul propriétaire de ses propres. On objecterait vainement que la saisie a lieu pour une dette de la femme et du chef de celle-ci. Cette saisie est pratiquée sur les biens dont le mari est le propriétaire ou dont il est considéré comme l'administrateur jusqu'à l'aliénation inclusivement.

Nous n'éprouvons donc aucune difficulté à décider, d'abord, que le mari ne doit pas être mis en faillite en même temps que sa femme. Nous ne considérons pas le mari comme nécessairement associé, par son autorisation tacite, à tous les actes de commerce de la femme, et par suite, comme fatalement commerçant dès que l'épouse est commerçante. Nous affirmerons de même que le mari n'est pas tenu commercialement dès que la femme a contracté un engagement dans l'intérêt de son commerce, et qu'il n'était pas

exposé de ce chef à la contrainte par corps, avant la loi du 22 juillet 1867.

C'est bien aux mêmes solutions qu'en est venue la jurisprudence. Du moins elle n'admettait pas, avant 1867, que le mari fût tenu de la contrainte par corps en raison du caractère commercial de l'engagement par lui autorisé. En cela, elle abandonnait les traditions de l'ancien droit, où pourtant la question avait été controversée. Elle n'admet pas davantage que le mari doive être mis en faillite par cela seul que la femme commerçante a cessé ses paiements. M. Thaller, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1), a démontré que la jurisprudence était infidèle à son principe. Vainement on essayerait de soutenir que le mari n'autorise pas la femme commerçante et que celle-ci contracte sans autorisation. L'argument qu'on pourrait tirer en ce sens de la lettre de l'article 1426 ne résiste pas à l'examen. Sans doute le mari n'autorise d'ordinaire la femme à exercer le commerce que par un consentement tacite; mais, peu importe, son consentement est toujours nécessaire (art. 4 C. comm.). Vainement encore dirait-on que le mari n'autorisant pas spécialement chacun des actes de commerce, ne s'associe pas à chacun d'eux. Les réponses abondent. Le mari, donnant à sa femme l'autorisation générale de faire tous les actes qui se rattachent à son commerce, ne les approuve-t-il pas tous d'avance et en bloc? L'article 1426 ne nous dit-il pas, précisément, que les obligations ainsi contractées « engagent les biens de la communauté », et, par conséquent, ceux du mari ? Ceux qui entendent ces mots « engager les biens de la communauté », en ce sens que le mari est personnellement obligé, ne peuvent pas faire de différence entre l'application de l'article 1409-2°, de l'article 1419 et celle de l'article 1426.

Qu'on ne nous dise pas surtout: le mari, en consentant à ce que sa femme soit commerçante, abdique relativement aux actes de commerce de l'épouse son autorité maritale, son contrôle, et, dès lors, l'article 1426 peut être exclusif d'un enga-

(1) V. *Revue critique*, 1882, p. 595 s. — Cpr. *Le traité élémentaire de dr. commercial* du même auteur, 3e édit., n. 169 s., spécialement nos 170 texte et note, 171 et 172.

gement personnel du mari, sans être en désaccord choquant avec les articles 1409 et 1419. Il règle d'une façon différente une situation tout à fait spéciale (1). Nous répondrions : Le mari, consentant à ce que sa femme soit commerçante, abdique si peu son autorité et son pouvoir de contrôle, qu'il a le droit, disons plus, le devoir, de révoquer son autorisation, si le commerce de la femme périclite et si le mieux semble être de l'arrêter. L'autorité du mari ne cesse donc point de planer sur la tête de la femme commerçante. S'il n'en était point ainsi, si le mari n'était pas censé légalement approuver tous les actes de commerce faits par la femme avant la révocation de l'autorisation, on ne comprendrait pas que ces actes pussent engager les biens de la communauté.

Notre opinion trouve dans l'article 1426 un point d'appui précieux, puisque nos adversaires sont obligés de restreindre les conséquences de leur interprétation de ce texte et de sa combinaison avec leur système. Ils y sont entraînés pour éviter les suites redoutables auxquelles ils semblent bien être amenés par la logique, à savoir que la femme ne peut être commerçante sans que le mari le soit lui-même. Mais ceci rendrait impossible l'exercice de toute profession commerciale aux femmes d'une foule de modestes fonctionnaires auxquels il est interdit d'être eux-mêmes commerçants.

594. Un système intermédiaire essaye de faire du mari une sorte de caution de la femme. Ce système étrange fait une espèce d'application à rebours de l'article 1431. Le mari, en autorisant sa femme, serait bien un obligé personnel, mais à titre d'obligé secondaire ou de caution. Nous nous contenterons de demander si cette caution a le bénéfice de discussion ou de division. La négative s'impose en présence de nos textes. Donc le mari serait une caution solidaire. Mais la caution solidaire, d'après l'opinion la plus répandue, a le bénéfice de l'article 2037. Le reconnaîtrons-nous au mari? Les textes ne le supposent pas plus que pour les autres bénéfices. Dès lors, si le mari est obligé personnel, il est obligé principal comme la femme, — nous dirions volontiers plus que la

(1) Planiol, *Rev. crit.*, 1888, p. 276.

femme, — car nous allons bientôt constater que, dès que le mari est obligé personnel, la tradition veut que les créanciers aient été en droit de compter principalement sur lui. Ce n'est pas l'obligation du mari qui est jointe à celle de la femme, c'est au contraire l'obligation de celle-ci qui vient s'ajouter à celle du mari comme une garantie de plus. Cette pensée apparaît nettement dans l'article 1431, et c'est la meilleure justification de cette solution traditionnelle, d'après laquelle le mari est obligé pour la totalité de la dette et la femme seulement pour moitié, quand, sans aucune stipulation de solidarité, les deux époux se sont obligés conjointement.

595. Quoi qu'il en soit, nous venons d'étudier la règle de laquelle il résulte que la dette contractée par la femme autorisée de son mari est exécutoire, non seulement sur les biens de l'épouse, mais encore sur les biens de la communauté et sur ceux du mari (art. 1419). En un mot, cette dette est considérée comme une charge de la communauté.

Cette règle comporte-t-elle quelques exceptions ?

On en signale habituellement deux : l'une résultant de l'article 1413, relatif aux dettes des successions purement immobilières ; l'autre se dégageant implicitement de l'article 1432. Quelques jurisconsultes ont tenté d'assimiler d'autres hypothèses aux deux que nous venons de citer.

596. Voyons d'abord l'exception qui serait écrite dans l'article 1413. Le législateur suppose une succession purement immobilière échue à la femme, c'est-à-dire une acquisition à titre gratuit dont tout l'émolument restera propre à l'épouse et dont, par contre, elle doit supporter toutes les charges. L'article 1413, dit M. Colmet de Santerre, « reconnaît aux créanciers de la succession, quand la femme a été autorisée par le mari, le droit de poursuivre la *pleine propriété* des propres de la femme, mais il ne *semble* pas admettre que les biens de la communauté puissent être poursuivis (1). » Dans ce cas, l'autorisation du mari de l'hé-

(1) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 41 *bis*, XXII. V. également, n. 55 *bis*, I ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II. n. 785 et 773 ; Aubry et Rau. *op. cit.*, V, § 509, texte et note 44, p. 338. § 513, texte et note 8, p. 378 ;

ritière permet donc aux créanciers de la succession de saisir, outre les biens héréditaires, la *pleine propriété*, et non pas seulement la nue propriété des autres biens propres de la femme. Mais cette autorisation ne leur permet pas de saisir, selon le droit commun établi par l'article 1419, les biens de la communauté ou ceux du mari.

Pourquoi cette restriction ? On la motive d'ordinaire en disant que les créanciers héréditaires n'ont pas pu s'y tromper et compter, au moment où leur obligation est née, avoir pour gage d'autres biens que ceux du défunt ou des héritiers. Ils n'ont pas dû compter sur les biens du mari de telle ou telle héritière éventuelle de leur débiteur. Ils n'ont traité, ni avec le mari, ni avec la femme, mais seulement avec l'auteur auquel la femme succède. On peut ajouter qu'il s'agit plutôt de mesurer les conséquences d'un quasi-contrat de l'épouse. Les tiers, lors de l'ouverture de la succession, n'ont pu compter que sur l'obligation de la femme, puisque ni la communauté ni le mari ne recueillent rien dans la succession immobilière, sauf quant à la jouissance des biens. Peut-être, est-ce par une sorte de compensation que le législateur étend à la jouissance des autres biens de la femme le droit de gage des créanciers héréditaires, et leur donne le droit de les saisir en pleine propriété.

Une partie de cette argumentation ne manque-t-elle pas de précision scientifique ? On y suppose trop aisément la possibilité d'une méprise de la part des créanciers qui ont la femme comme obligée. On attache peut-être aussi trop d'importance au profit éventuel de ce qui est obtenu comme équivalent de l'obligation de l'épouse.

D'abord, il est naturel que l'autorisation du chef de la communauté fasse disparaître la restriction du droit de poursuite des créanciers de la femme sur les propres de celle-ci, la jouissance qui en est attribuée à la communauté ne constituant pas un véritable droit d'usufruit entraînant démembrement de la propriété.

Arntz, *op. cit.*, III, n. 651, 618 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 453 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 831, 636 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 149 ; Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n. 1093.

Mais pourquoi, dans notre hypothèse, ce droit de poursuite des créanciers de l'épouse ne s'étend-il pas, selon le droit commun, aux biens de la communauté et aux biens propres du mari ? N'est-ce point parce qu'il s'agit là d'une dette contractée, avant l'autorisation du mari, sur la tête de l'auteur de la femme, d'une dette dont le gage est déjà étendu, par l'acceptation de cette femme, à d'autres biens que ceux de la succession, puisqu'il comprend tous les biens personnels de l'épouse ? N'est-ce point, enfin, parce qu'il s'agit d'une dette manifestement étrangère aux biens de la communauté et du mari, puisqu'elle est née à une époque où l'épouse n'était nullement désignée comme obligée et qu'elle n'a d'abord grevé que quelques-uns des biens de celle-ci, ceux qu'elle recueille comme biens héréditaires ? On peut même se demander si l'article 1413 rentre directement dans la règle posée par l'article 1409-2°, dont l'article 1419 n'est que le développement.

597. L'exception à l'article 1419, qui semble se dégager de l'article 1432, est plus contestable encore et plus difficile à justifier que celle que l'on croit trouver généralement dans l'article 1413.

D'après l'article 1432 : « *Le mari qui garantit solidaire-* « *ment ou autrement la vente que sa femme a faite d'un* « *immeuble personnel, a pareillement un recours contre elle* « *soit sur sa part dans la communauté, soit sur ses biens* « *personnels, s'il est inquiété.* » Eh bien, dit-on, il résulte par *a contrario* de ce texte que si le mari n'était intervenu au contrat de vente que pour autoriser sa femme, la communauté et le mari ne seraient pas obligés (1).

Cette argumentation par *a contrario* de l'article 1432 est-elle bien décisive? (2). Le législateur, dans ce texte, n'a-t-il pas eu seulement pour but de donner un exemple d'une

(1) Troplong, *op. cit.*, II, n. 846 et 1050 ; Demolombe, *op. cit.*, IV, n. 310 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 785; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et note 44, p. 338-339; Arntz, *op. cit.*, III, n. 651 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 852; Huc, *op. cit.*, IX, n. 198.

(2) Cpr. Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 41 *bis*, XXIII: Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 75; Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n. 1093.

récompense due par la femme au mari, comme il venait, dans l'article 1431, de donner l'exemple d'une récompense due par le mari à la femme?

On peut ajouter qu'il serait étrange que la communauté et le mari ne fussent pas obligés, quand la femme aura vendu un propre avec l'autorisation maritale, car ce sera le plus souvent pour procurer des ressources à la communauté (arg. art. 1470-2° et 2135-2°, al. 3).

En somme, on peut fort bien soutenir qu'il n'y a de véritable exception à notre règle, ni dans l'article 1413 qui lui serait étranger, ni dans l'article 1432, qui n'y dérogerait pas.

598. Mais, en admettant que ces exceptions existent, pourrait-on les rattacher à une idée générale ? On l'a prétendu. On a voulu poser en principe que, toutes les fois qu'il serait manifeste pour les tiers que ni le mari ni la communauté ne sont les vrais intéressés au lieu et place de la femme, ces tiers n'auraient que l'épouse pour débitrice. Il semblerait, en effet, très satisfaisant de décider que les tiers ne peuvent pas légitimement compter avoir pour gage les biens de la communauté et par suite ceux du mari, lorsqu'il est évident que l'engagement de la femme, bien que cet engagement soit autorisé par le mari, *se rattache uniquement à la gestion du patrimoine propre de l'épouse*, le mari ayant évité de parler au contrat et de se porter garant de la promesse de la femme. Par exemple, il s'agissait de traiter avec un entrepreneur pour lui confier de grosses réparations à faire à un immeuble propre de l'épouse (1).

Mais une telle interprétation de nos textes est-elle possible? Pouvons-nous faire échec, en ces termes, à la règle si énergiquement tracée dans les articles 1409-2° et 1419, surtout quand il s'agit de cas auxquels le législateur a certainement dû songer? Certes! nous multiplierions singulièrement les exceptions, si nous posions en principe que l'autorisation du mari ne suffit pas pour engager les biens de la communauté et ses biens propres, à lui mari, dès que les tiers

(1) Cpr. Rodière et Pont. *op. cit.*, II, n. 786; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 851.

n'ont pas pu se méprendre, soit sur le rôle de l'époux, se bornant à agir comme conseil de la femme, soit sur le caractère exclusif de l'intérêt que la femme avait dans l'engagement.

D'ailleurs les analogies seraient aisément trompeuses. On serait tenté, par exemple, d'assimiler à la vente l'emprunt avec hypothèque constituée uniquement sur des biens propres de la femme. La vente, comme l'emprunt, est souvent un moyen de se procurer de l'argent. Eh bien ! dira-t-on, pourquoi, lorsque l'acquéreur d'un bien propre de la femme sera réduit à n'avoir de recours en garantie que sur les biens de l'épouse, même dans le cas où le prix de l'immeuble de celle-ci aura été encaissé sans remploi par le mari, le prêteur serait-il mieux traité, alors qu'il n'a obtenu hypothèque que sur des immeubles de la femme, et qu'il est certain que l'emprunt est fait dans le seul intérêt de cette dernière? Nous répondrons que, sous le régime de la communauté, tous les deniers reçus tombent dans la caisse commune, et que, bien rarement, il aura clairement apparu aux yeux des tiers que l'emprunt ne profitera qu'à la femme. D'ailleurs, l'emprunt est celui de tous les modes d'obligation qui semble le moins personnel à l'épouse et le moins exclusif d'un intérêt et d'un engagement du mari comme chef de la communauté.

L'analogie paraîtrait bien plus sérieuse, si, en admettant l'explication commune de l'article 1432, on voulait assimiler à l'obligation de garantie au cas de vente, la garantie de la donation d'un immeuble propre constitué en dot par la femme à un enfant issu d'un précédent mariage ou même à tout autre qu'un enfant commun. L'absence d'un intérêt plus ou moins dissimulé est ici plus certaine que lorsqu'il s'agit d'une vente. Il est manifeste qu'il ne peut être question de procurer indirectement des fonds au mari ou à la communauté. Aussi l'extension de l'article 1432 est d'autant plus tentante, qu'elle repose sur un argument *a fortiori*, qu'il s'agit bien d'une obligation de garantie, et que la jurisprudence persiste à considérer, à certains égards, la constitution de dot comme un contrat à titre onéreux (1). Est-ce

(1) V. *supra*, I, n. 240 s.

même étendre l'article 1432 que de l'appliquer dans une hypothèse aussi voisine de la garantie en cas de vente, ce texte ayant plutôt supposé qu'établi l'exception par lui consacrée ? N'oublions pas, en effet, que ceux qui croient devoir n'admettre d'exceptions qu'en vertu d'un texte formel, sont enclins à trouver l'article 1432 insuffisant même pour le cas de vente, et nous sommes de ce nombre.

Cependant la majorité des auteurs limite, aux deux cas prévus par les articles 1413 et 1432 *a contrario*, les exceptions aux articles 1409-2° et 1419.

La Cour de cassation, par un arrêt du 24 janvier 1853 (1), a même refusé d'étendre, — malgré le secours de l'article 1418, — l'article 1413 aux charges d'une donation et aux frais dus au notaire qui avait reçu l'acte.

On peut rapprocher de cet arrêt une autre décision de la Cour suprême du 2 février 1892 (2). Il en résulte que, quant aux engagements particuliers autorisés par le mari dans le partage d'une succession propre à la femme, ces engagements, n'étant plus uniquement des dettes provenant de la succession, sont des dettes contractées avec l'autorisation du mari. « *Elles grèvent la communauté* » aux termes de l'article 1419. Nous remarquerons, en passant, cette formule prudente employée par la Cour suprême. Elle ne dit pas : *le mari est obligé.*

De même, par un arrêt du 24 mai 1854, la cour de Rouen (3) a jugé que le mari, par cela seul qu'il a autorisé sa femme à constituer une dot, est tenu avec elle du paiement de la dot promise. Cette dot, il est vrai, avait été constituée au profit d'un enfant commun, et, bien que l'arrêt semble négliger cette circonstance, elle a pu peser sur sa décision. L'arrêt ajoute, en effet, que le mari, s'il avait voulu n'être pas obligé, aurait dû, par une *stipulation contraire au droit commun, dissiper toute espèce de doute et d'ambiguïté.*

599. Ceci nous conduit naturellement à examiner si le

(1) Civ. cass., 24 janv. 1853, S., 53. 1. 179, D., 53. 1. 29. — Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 78; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 853, 854. — V. *infra*, I, n. 629.

(2) Civ. cass., 2 fév. 1892, S., 92. 1. 134.

(3) Rouen, 24 mai 1854. S., 55. 2. 17. — Lire les conclusions de M. Jolibois.

mari ne peut point, par une clause expresse, soustraire ses propres biens et ceux de la communauté à l'action du créancier envers lequel il autorise l'épouse à s'obliger.

L'affirmative ne saurait faire de doute, ni pour ceux qui ne font reposer l'obligation du mari que sur la crainte d'une méprise de la part des tiers, ni pour ceux qui expliquent les articles 1409-2° et 1419 en disant que, si les tiers n'ont pas pu se méprendre sur la lettre du contrat et y trouver les traces d'un engagement du mari, ils ont pu du moins être induits en erreur en s'imaginant que le mari, chef de la communauté, était plus ou moins intéressé dans la convention et ne resterait pas plus étranger à son exécution qu'à sa formation. La déclaration formelle du mari portant que, s'il autorise sa femme à contracter, il entend n'être pas obligé comme elle, fait disparaître l'un et l'autre de ces motifs.

La question peut, au premier abord, paraître plus délicate pour ceux qui attribuent au droit de poursuite du créancier de la femme sur les biens du mari et de la communauté une cause plus profonde, pour ceux qui n'y voient que l'exercice le plus complet du droit de gage des créanciers de l'épouse commune en biens, celle-ci, autorisée de son mari, engageant, comme il le fait lui-même par ses propres obligations, les biens de la communauté.

Les uns subordonneront cette extension du droit de gage des créanciers de la femme à la seule volonté du mari, renonçant tacitement à se prévaloir contre eux de ses droits, qui le font seigneur et maître de la communauté (1). Ceux-là n'hésiteront pas à permettre au mari d'exprimer valablement une volonté contraire.

D'autres se demanderont si nous ne sommes pas en présence d'une règle d'ordre public. Les articles 1409 et 1419 ne font-ils point partie intégrante de ce régime de droit commun dont les stipulations ont été rédigées par le législateur lui-même ? Ces textes, non écartés par le contrat de mariage, ne doivent-ils pas avoir la même force que s'ils

(1) V. Lacoste, *Revue critique*, 1883, p. 739 s.

étaient écrits dans un contrat arrêté par les époux ? En un mot, la stipulation du mari ne se heurte-t-elle pas à l'article 1395 et au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ? Nous ne le pensons pas. Il s'agit, en effet, non pas de soustraire un bien d'une manière générale et à l'égard de tous, à l'application du régime matrimonial, mais simplement d'admettre qu'un créancier a pu consentir, pour le cas où il ne serait pas payé volontairement, à ne pas étendre son droit de saisie sur les biens de la communauté ou sur les biens du mari, qui ne feraient point partie de son gage si la femme n'était autorisée que par la justice. Nous avons vu, d'ailleurs, que les tiers ne sont pas tenus de respecter la règle de l'immutabilité écrite dans l'article 1395 (1). Est-ce même se placer en dehors de cette règle, que de faire varier le droit de poursuite du créancier de la femme dans les limites tracées par les articles 1419 d'une part et 1410 *in fine* d'autre part ?

Une autre objection grave peut être fondée sur cet autre principe, à savoir que l'étendue des droits de poursuite du créancier est fixée par la loi : *Qui s'oblige, oblige le sien* (art. 2092 s.). On doit répondre, à notre avis, que les limites du droit de gage des créanciers de la femme ont été rendues variables, au moins en notre matière, par le législateur lui-même. Elles dépendent de la volonté du mari, selon qu'il approuvera ou non l'obligation de l'épouse, c'est-à-dire selon que cette obligation est contractée avec son autorisation ou avec l'autorisation de la justice. Pourquoi contraindrait-on le mari à un vain refus d'autorisation, non dans l'intérêt de la femme, — intérêt qu'il sacrifie peut-être, — mais dans son intérêt personnel et uniquement pour échapper à l'article 1419 ? Et puis, on serait conduit à annuler l'autorisation, si elle est expressément subordonnée à la condition que le mari ne sera pas exposé à des poursuites sur ses biens personnels ou sur ceux de la communauté : c'est-à-dire que l'obligation de la femme serait nulle. Le créancier n'aurait en face de lui qu'un incapable.

(1) V. *supra*, I, n. 116.

Ne vaut-il pas mieux accepter l'autorisation avec la restriction expresse que le mari y a jointe et que le créancier aura consentie, soit expressément, soit tacitement ?

600. Dans toutes les explications précédentes, nous n'avons parlé que du droit de poursuite des créanciers. Quant à la contribution à la dette recouvrée par application de l'article 1419, elle est réglée par le droit commun en matière de récompense. Du reste, s'il s'élevait quelque question spéciale, elle se rattacherait à l'explication de l'article 1431, que nous allons donner à propos des obligations contractées solidairement par les deux époux (1).

601. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — La femme s'oblige solidairement avec son mari.

A l'inverse de ce qui se produit lorsque l'épouse parle seule au contrat et que le mari ne donne que son autorisation, les questions du droit de poursuite vont être, ici, faciles à résoudre et peu nombreuses. Au contraire, la contribution à la dette entre les époux ne peut plus être réglée simplement par la théorie générale des récompenses. Il y a lieu d'examiner si elle ne fait pas l'objet de règles particulières.

602. Prenons d'abord les droits de poursuite. Ceux-ci sont régis par le droit commun en matière de solidarité. C'est le droit commun qu'il faut consulter pour savoir si les deux époux sont ou non solidairement obligés, et pour déterminer les effets légaux de l'obligation solidaire de chacun d'eux. Ils peuvent être l'un et l'autre poursuivis pour la totalité de la dette, sauf à ne la payer à eux deux qu'une seule fois (art. 1200 à 1216 C. civ. et art. 542 s. C. comm.).

On a soulevé cependant, à plusieurs reprises, la question suivante : L'obligation de la femme autorisée du mari n'est-elle pas toujours régie par l'article 1419 et exécutoire du chef de l'épouse sur les biens communs, alors même que le mari se serait obligé en même temps que sa femme ? En un mot, supposons que le mari, obligé solidairement avec sa femme, ait fait faillite et ait obtenu un concordat lui faisant

(1) V. *infra*, I, n. 603 s.

remise d'une partie de la dette. Il paie le dividende promis, par exemple 40 0/0; il est désormais à l'abri de toute poursuite en vertu du concordat. La femme reste obligée au surplus, — 60 0/0 dans notre espèce, — en vertu de son engagement solidaire. Le créancier peut-il exercer des poursuites du chef de l'épouse, non seulement sur les biens propres de celle-ci, mais encore sur les biens communs ? S'il en allait ainsi, les biens communs ne pourraient plus être saisis du chef du mari, mais ils pourraient l'être du chef de la femme. Faut-il admettre cette solution? Non, car si l'article 1419 régissait l'espèce, il faudrait l'appliquer complètement. Ce ne sont pas seulement les biens de la communauté, ce sont les biens du mari qui pourraient être saisis du chef de l'épouse. On aboutirait à cette absurdité, à savoir que le concordat serait sans utilité pour le mari à l'égard des créanciers qui auraient la femme pour obligée solidaire avec son époux. Ce dont les créanciers auraient fait remise au mari, ils pourraient le lui réclamer par voie de saisie sur ses propres biens, sous le prétexte qu'ils saisissent du chef de l'épouse. Cela est inadmissible.

Mais comment justifier en droit la résistance à cette prétention des créanciers? L'objection ne ruine-t-elle pas notre explication de l'article 1419? Les partisans de l'opinion contraire, fondant l'article 1419 sur une obligation personnelle du mari, semblent ici triomphants. Aussi, lorsque cette prétention des créanciers surgit vers 1854, Coin-Delisle répondit : « L'article 1419 ne permet d'atteindre les biens du mari et ceux de la communauté que parce que le mari est *obligé personnel*, par cela seul qu'il a autorisé sa femme à contracter (1). Donc, les biens du mari ou ceux de la communauté ne peuvent plus être saisis lorsque le mari a cessé d'être obligé. »

La réplique est péremptoire. Mais est-elle exacte ? Est-il vrai que les biens communs ne puissent jamais, pendant la communauté, être saisis du chef de la femme? Nous avons

(1) V. *Gazette des tribunaux*, 15 nov. 1854. — Notes Devilleneuve, sous deux arrêts de Paris, S., 55. 2. 81. — V. égal. Paris, 21 juin 1855, S., 55. 2. 394. — Req., 17 janv. 1881, S., 81. 1. 126.

déjà exprimé nos doutes à ce sujet. Nous croyons que l'article 1419 et l'article 1426, de même que l'article 1409-2°, supposent bien la femme seule obligée, d'autant mieux que, si nous en croyons Coin-Delisle, l'article 1419 viserait surtout le cas où la femme s'est engagée dans *son intérêt personnel.* Ces textes ne parlent que de l'engagement de l'épouse. Se gardant bien de déclarer le mari débiteur personnel, ils disent seulement que les biens du mari ou de la communauté sont engagés (art. 1426), que les créanciers peuvent poursuivre le paiement des *dettes de la femme,* — il ne s'agit donc pas des dettes du mari, — sur lesdits biens.

A première vue, on serait tenté de nous opposer l'arrêt rendu par la chambre des requêtes de la cour régulatrice, le 17 janvier 1881, et de déduire de cet arrêt une interprétation de l'article 1419, favorable à la thèse d'après laquelle le texte ne permet la saisie des biens de la communauté ou du mari que parce que ce dernier est obligé personnel. Toutefois, une lecture attentive de cet arrêt montre au contraire, à notre avis, que la chambre des requêtes a évité avec soin d'affirmer cette théorie. Elle décide seulement que le créancier, « qui *n'a plus* d'action sur les biens du mari, ne pourra pas davantage, du chef de la femme, se pourvoir sur les biens de la communauté..., que les biens du mari et les biens de communauté forment un seul patrimoine, que les uns ne peuvent être libérés sans que les autres ne le soient pareillement. » Il nous semble, en effet, que l'article 1419 consacre cette thèse, loin de la contredire (1).

Quant à l'article 1431, dont nous indiquerons bientôt le texte, il est, de l'avis général, étranger à l'obligation aux dettes, il ne concerne que la contribution. L'article 1431 n'apporte donc aucune restriction aux droits des créanciers de la femme coobligée solidaire du mari (2). Il est vrai qu'un arrêt émané de la Cour de Paris, le 15 juillet 1854 (3), sem-

(1) Req., 17 janv. 1881, S., 81. 1. 126. D. 81. 1. 145.

(2) Limoges, 20 fév. 1855, S., 55.2.314, D., 55. 2. 284. — Lyon, 23 juill. 1858, S., 59. 2. 615. — Paris, 16 avril 1864, S., 64. 2. 289, D., 64. 2. 127. — Paris, 16 déc. 1881, sous Req., 21 août 1882, S., 83. 1. 113, D., 83. 1. 339.

(3) Paris, 15 juill. 1854, S., 55. 2. 657, D., 56. 2. 12.

ble contraire à cette manière de voir. Mais si cet arrêt débute par un motif inexact en droit, — motif que Devilleneuve essaie, en annotant l'arrêt, de restreindre aux régimes autres que celui de la communauté, — il est principalement motivé, *en fait*, sur les circonstances de la cause et les intentions du créancier. D'ailleurs, il ne s'agissait que de soustraire à la juridiction commerciale la femme d'un commerçant, ainsi qu'allait y être soustrait, par le même arrêt, le fils de ce même commerçant.

Les vrais principes sont, par contre, très nettement formulés dans l'arrêt de la Cour de Paris du 16 décembre 1881. Le pourvoi dont il a été l'objet, vainement d'ailleurs, ne porte même pas sur ce point (1).

Notons qu'il résulte encore du principe par nous adopté, que la femme, obligée solidairement avec son mari, ne peut pas se prévaloir contre le créancier de l'article 1431 combiné avec l'article 2013.

603. Connaissant, désormais, les droits de poursuite des créanciers envers lesquels l'épouse est solidairement obligée, voyons en quoi l'article 1431 modifie les règles de la contribution à la dette entre les codébiteurs solidaires.

Le texte est ainsi conçu : « *La femme qui s'oblige solidai-* « *rement avec son mari pour les affaires de la communauté* « *ou du mari n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obli-* « *gée que comme caution ; elle doit être indemnisée de* « *l'obligation qu'elle a contractée* (2). »

Ne mettons d'abord en scène que le mari et la femme. Nous essayerons de déterminer ensuite la situation faite aux autres codébiteurs ou cautions.

604. A. Après la dissolution de la communauté, l'obligation solidaire donne-t-elle lieu à une récompense entre les époux ? Oui, le plus souvent. Ceci est incontestable. Mais dans quels cas existe-t-elle? De plus, à quelles conditions est faite et à qui incombe la preuve du droit à la récompense?

(1) V. Note Lyon-Caen, S., 83. 1. 113.

(2) Donc, lorsqu'il est établi que l'obligation solidaire a été contractée dans l'intérêt des biens propres de la femme, celle-ci ne saurait se prévaloir de cet article 1431 : Civ. rej., 31 oct. 1893. S. 97. 1. 502.

Si l'article 1431 n'existait pas, les principes généraux nous conduiraient à rechercher, en fait, à qui la dette a profité. Il y aurait lieu à récompense toutes les fois que la dette aurait été acquittée par un patrimoine autre que celui qui a bénéficié de ce que le créancier a fourni comme équivalent de l'obligation des époux.

605. L'article 1431 modifie-t-il donc à ce sujet les règles du droit commun?

Deux opinions opposées sont en présence.

La première qui nous paraît la plus satisfaisante en pratique et la plus conforme à la lettre du texte, n'y trouve qu'un rappel assez maladroit des principes généraux (1). Ne doit-on pas constater cependant que le législateur avait besoin de nous dire si, dans le règlement avec les codébiteurs autres que le mari, la femme devait être considérée comme débitrice de la moitié de la dette seulement ou de la totalité?

Quoi qu'il en soit, cette manière de voir est fort contestée.

On soutient, en effet, que, à moins de ne voir dans l'article 1431 qu'un texte inutile, un renvoi banal à l'article 1216, nous devons en déduire cette présomption en faveur de la femme, à savoir que toutes les fois qu'elle s'oblige solidairement avec son mari, elle doit être réputée n'être vis-à-vis de lui qu'une caution solidaire, et que le mari doit être, *jusqu'à la preuve du contraire*, présumé seul intéressé pour son propre compte ou pour le compte de la communauté. En un mot, l'article 1431 déplacerait le fardeau de la preuve, en le mettant à la charge du mari alors que la femme serait demanderesse en indemnité ou récompense (2).

Cette thèse est singulièrement affaiblie par une remarque de M. Colmet de Santerre (3), observant qu'il est d'ordi-

(1) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 76 *bis*, II, 76 *bis*, V; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 95.

(2) Troplong, *op. cit.*, II, n. 1044-1045; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 811; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, texte et note 30, p. 350, 351: Guillouard, *op. cit.*, II, n. 862. — Paris, 20 juill. 1833, S., 33.2.395. — V. égal. Req., 3 juin 1891, D., 92. 1. 13. S., 93. 1. 5.

(3) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 76 *bis*, V; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 95; Huc, *op. cit.*, IX, n. 194. Cpr. Planiol, *op. cit.*, III, (2e édit.), n. 1096.

naire facile de savoir dans l'intérêt de qui la dette a été contractée. De là nous concluons que le législateur aurait fait œuvre à peu près superflue en imaginant, en pareil cas, une présomption légale pour déplacer le fardeau de la preuve.

M. Guillouard (1) répond que la preuve peut être cependant difficile pour la femme et que le mari sait mieux à quoi s'en tenir. Mais ceci nous imposerait logiquement une distinction, car lorsque le mari est prédécédé, ses héritiers seront rarement mieux renseignés que la femme.

La vérité est que le texte même de l'article 1431 nous paraît trancher la question de preuve dans le sens d'un renvoi pur et simple au droit commun de l'article 1216. La loi ne dit pas, en effet, que la femme est réputée caution à l'égard de son mari, *toutes les fois qu'elle s'oblige avec lui*, mais bien toutes les fois qu'elle s'oblige *pour les affaires de la communauté ou du mari*. Ceci doit être prouvé. Aussi bien l'article 1431 n'a-t-il qu'un seul objet, c'est de donner un exemple dans lequel la femme a droit à une récompense contre le mari. Pour donner cet exemple, le texte prend l'hypothèse où l'épouse s'est obligée dans l'intérêt du mari et ne veut dire qu'une chose, c'est que dans ce cas la femme a droit à une récompense.

Quoi qu'il en soit, lorsque la femme est considérée comme caution, elle peut subroger dans les effets de l'hypothèque qui garantit son recours contre son mari pour ladite obligation (2).

Mais voici deux époux mariés en communauté qui cautionnent solidairement un enfant commun: la femme pourra-t-elle prétendre dans ce cas être traitée comme caution du mari? Non, répond, à bon droit, la cour de Rennes dans un arrêt du 22 novembre 1848 (3).

De même, supposons qu'il résulte des constatations de fait que l'obligation solidaire des deux époux a été contractée en faveur d'un tiers qu'ils ont cautionné. Ici, il n'y a pas de rai-

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 863.

(2) Bordeaux, 19 fév. 1895, S., 96.2.27. Rapp. Req., 28 juill. 1903, S., 05.1.225 (note Tissier).

(3) Rennes, 22 nov. 1848, S., 52.2.134. — Rapp, Lyon, 11 juin 1833, S.,33.2.654.

son pour mettre plutôt à la charge du mari que de la femme la perte qui résultera de l'insolvabilité du débiteur principal (1).

606. Puisque l'article 1431 ne déroge aucunement à la théorie de la solidarité, il doit s'appliquer, quel que soit le régime matrimonial des époux (2).

607. Un arrêt de la chambre des requêtes de la cour suprême, en date du 19 mai 1890 (3), ne nous semble pas contraire à l'interprétation que nous venons de donner ainsi de l'article 1431, car *il suppose établi* que la femme s'est obligée solidairement avec son mari *pour affaires de la communauté*. Il en déduit, il est vrai, cette conséquence singulière à savoir que si la femme ne s'était obligée qu'en qualité de femme commune, — c'est-à-dire apparemment par obligation conjointe, — elle devrait supporter la moitié de la dette, tandis que si elle s'est obligée solidairement, « elle a droit, à titre d'indemnité, au montant intégral de cette dette », même avant de l'avoir payée, dans les termes de l'article 2032 (4). Que l'article 2032 soit applicable, et que la femme ait droit au remboursement intégral de la dette contractée solidairement avec son mari quand elle renonce à la communauté (5), nous l'admettons. Mais est-il vrai que la femme ait droit au remboursement intégral de la dette, si elle ne renonce pas à la communauté ? Y aurait-il donc des dettes de communauté auxquelles l'épouse acceptante ne serait pas tenue de contribuer, et avec cette circonstance aggravante que cela dépendrait de sa volonté exprimée au cours du mariage ?

(1) Paris, 30 déc. 1842. *J. Pal.*, 42. 1. 294.

(2) Alger, 27 juin 1892, S., 93. 2. 241.

(3) Req., 19 mai 1890, S., 90. 1. 337. D. 91. 1. 334.

(4) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 863. — Civ. cass., 24 mai 1869, S., 69. 1. 315, D., 69. 1. 276. — Civ. cass., 22 août 1876, S., 77. 1. 54, *France jud.*, 76-77, p. 73. — Paris, 10 déc. 1896, D., 97. 2. 125. Il résulte de ce dernier arrêt que la femme qui s'est obligée envers un tiers comme caution de son mari, peut, en cas de déconfiture de ce dernier, même sans avoir désintéressé le tiers, recourir contre son conjoint et se faire indemniser par lui de l'engagement contracté avec garantie de son hypothèque légale.

(5) Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la chambre civile du 22 août 1876, la femme était séparée de biens judiciairement. Par suite, elle était *probablement* renonçante. Elle n'avait fait dresser qu'un état liquidatif de reprises.

A cet effet, il suffirait à l'épouse de s'engager solidairement avec son mari. Ce dernier aurait ainsi fait indirectement à sa femme un avantage irrévocable en la déchargeant de toute contribution à la dette commune qu'ils viennent de contracter. Cela nous semble bien difficile à admettre. Aussi croyons-nous qu'il faut distinguer selon que la dette intéresse le mari ou la communauté. Si la dette solidaire a été contractée dans l'intérêt de la communauté, alors, d'après nous, la femme devra renoncer à cette communauté pour rejeter sur son conjoint la totalité de la dette. Acceptante, l'épouse doit supporter la moitié des dettes communes dans les limites de l'article 1483. Et il est évident qu'une dette contractée au profit exclusif de la communauté ne cesse pas d'être commune parce que le créancier, ne se contentant pas de l'engagement du mari, a voulu la garantie solidaire de la femme. Mais il en va autrement, lorsque l'obligation n'a profité qu'aux biens propres du mari. Ce dernier doit une récompense intégrale à la femme, peu importe qu'elle accepte ou répudie la communauté, si elle a payé de ses biens propres la dette de son époux. Si nous supposons la dette encore existante à la dissolution de la communauté, la femme peut aussi, pour la totalité de cette dette, dans tous les cas, invoquer l'article 2032 contre son conjoint.

Observons que le mari, dans l'intérêt propre duquel une obligation a été contractée, devra récompense de la totalité de la dette, non pas à la femme, mais à la communauté, si cette dette a été soldée avec des valeurs communes. Cette récompense grossissant l'actif commun, ne sera alors due à l'épouse que d'une façon indirecte, en tant qu'elle acceptera la communauté, et dans la mesure dans laquelle son lot s'en trouvera augmenté, c'est-à-dire pour une moitié seulement

608. Nous avons dit ci-dessus que la preuve du droit à la récompense, dans notre cas de dette solidaire des époux, reste soumise aux principes ordinaires. Par suite, nous mettons à la charge de la femme la preuve que telle dette désignée a été contractée dans l'intérêt du mari ou dans celui de la communauté. Souvent l'épouse aura fourni une preuve suffisante de son dire, en mettant le mari au défi d'indiquer le

profit que les biens à elle propres ont retiré de l'obligation (1). La preuve par présomptions est, en effet, admissible dans l'intérêt de la femme, qui ne gérait pas la communauté et ne pouvait pas se ménager une preuve littérale.

Nous venons d'envisager ainsi les rapports des époux entre eux.

609. B. Il nous faut déterminer désormais la situation faite aux autres débiteurs ou cautions.

L'article 1431, — pour ceux-là mêmes qui y trouvent écrite la présomption d'après laquelle la femme est, jusqu'à preuve contraire, réputée caution de son mari, — est inopposable aux tiers qui ont figuré au contrat.

En effet, supposons qu'un tiers ait cautionné la dette souscrite solidairement par le mari et par la femme. Cette caution, de l'aveu de tout le monde, pourra exercer son recours pour la totalité aussi bien contre l'épouse que contre son conjoint (2). A plus forte raison, la femme ne pourrait-elle pas recourir contre les tiers cautions simples ou cautions solidaires du mari (3).

Bien mieux, la femme est tenue plus étroitement, en qualité de commune en biens avec son mari, que ne le sont les tiers codébiteurs solidaires de la dette de la communauté. Ces tiers, d'après l'article 1216, ne sont eux-mêmes que des cautions de la dette des époux. Or, la femme ne pourra pas leur objecter que la dette se divise entre les codébiteurs solidaires principaux, c'est-à-dire entre elle et son mari, et que personnellement elle ne doit être exposée que pour

(1) La preuve qui est à la charge de la femme se réduit à peu de chose, spécialement dans l'hypothèse d'un emprunt. Il y a, ici, analogie avec le cas du débiteur obligé de prouver l'absence de cause d'une obligation (art. 1132). La femme peut exiger du mari qu'il indique l'emploi. Elle soutiendra, avec raison, que toute somme encaissée l'a été sous sa responsabilité, à lui mari, tous les fonds reçus pendant la communauté entrant nécessairement dans la caisse commune (arg. de l'art. 1450). C'est au mari à dire ce que les fonds sont devenus.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 807 ; Aubry et Rau, *op. cit*, V, § 510, texte et note 32 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 643, note 21 *in fine*, p. 110; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 858 ; Marcadé, sur l'article 1431, n. 2 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 96 ; Huc, *op. cit.* IX, n. 195.

(3) Limoges, 20 fév. 1855, S., 55. 2. 314. — Civ. rej , 4 déc. 1855, S., 57. 1. 204, D., 56. 1. 58.

moitié au recours du tiers codébiteur qui a payé l'intégralité de la dette (art. 1214). La femme sera tenue envers lui pour le tout (1), car, décide la Cour de cassation, la femme est, vis-à-vis du tiers, caution solidaire de son mari. Ceci revient à dire que le tiers peut invoquer contre l'épouse, aussi bien que contre le mari, la solidarité, comme s'il était un étranger à la dette qu'il a payée avec subrogation.

610. Troisième hypothèse. La femme s'oblige conjointement avec le mari.

Remarquons, avant d'examiner cette hypothèse dans ses détails, que la solidarité ne se présume pas plus entre époux qu'entre tous autres codébiteurs (2).

Ceci posé, la femme, obligée conjointement et sans aucune solidarité avec son mari, n'est tenue de la dette que pour la moitié ou pour toute autre proportion fixée contradictoirement avec le créancier. Cette fixation assez rare résultera sans doute de l'acte même qui établit l'obligation (3).

Est-ce à dire que nous allons considérer le mari comme n'étant lui-même obligé que pour la moitié de la dette envers le créancier ? Il est vrai qu'il aurait pu stipuler expressément qu'il en serait ainsi. Comme nous croyons l'avoir démontré, une telle stipulation ne violerait aucun principe d'ordre public (4). Pour nous, la convention des parties peut, à leur gré, restreindre ou étendre le droit de poursuite du créancier contre l'un et l'autre époux. Ceux-là seuls pourraient en douter, qui voient dans la disposition de l'article 1419 une mesure de défiance dirigée contre le mari, soupçonné de mettre la femme seule en avant pour se soustraire lui-même à des obligations contractées dans son intérêt ou dans l'intérêt de la communauté. Tel n'est pas notre avis. Mais les clauses de ce genre sont très rares. Que devons-nous décider dans le silence du contrat ? Nous

(1) Paris, 12 mai 1826 et Req,, 29 nov. 1827, S. chr.

(2) V. cep. civ. rej. 16 juillet 1902, D. 1903. 1. 401 (note Capitant .

(3) Troplong, *op. cit.*, II, n. 1039 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 808, 809 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, p. 350 ; Laurent, *op. cit.*, XXII. n. 97 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 859.

(4) V. *supra*, I, n. 599.

venons de dire que la femme n'est incontestablement tenue que pour la moitié de la dette. En est-il de même de son conjoint ?

On décide, en général, que le mari est tenu pour le tout. D'abord le créancier, qui exige que la femme ajoute son obligation à celle du mari, n'entend pas amoindrir l'obligation de ce dernier. Il a trouvé insuffisant l'engagement du mari ; mais celui-ci n'en est pas moins, en fait, le principal obligé. Il serait étrange que, tenu pour le tout, ou du moins exposé à être poursuivi pour la totalité de la dette, lorsqu'il s'est borné à autoriser sa femme, il ne fût plus contraint de payer que la moitié de cette dette quand il a déclaré s'obliger personnellement avec celle-ci (1). Notre interprétation de l'article 1419 se prête à cette solution, aussi bien que l'opinion que nous avons combattue à l'occasion de cet article.

Quant à la manière dont l'obligation conjointe sera finalement supportée par les époux à la dissolution de la communauté, elle est réglée par la théorie des récompenses que nous étudierons bientôt (2).

Bornons-nous à constater, ici, que l'article 1431 ne doit pas être restreint à l'obligation solidaire. Ceci est évident pour ceux qui, comme nous, n'y voient qu'un renvoi au droit commun. Mais cette extension est admise par ceux-là mêmes qui trouvent dans ce texte une présomption permettant à la femme de rejeter sur le mari ou sur ses héritiers la preuve qu'elle a recueilli le profit de l'obligation. Les motifs de décider sont les mêmes. En effet, dès que le mari est tenu pour la totalité de l'obligation, il importe peu que la femme soit tenue plus ou moins rigoureusement de la même obligation, quand il s'agit de lui assurer le bénéfice de l'article 1431, en tant que ce texte déroge au droit commun. La femme doit être d'autant moins considérée comme la véritable débitrice qu'elle a eu dans l'obligation un rôle moins prépondérant, comme lorsqu'elle n'est tenue que conjointement au lieu de

(1) V. not. Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n. 1097.
(2) V. *infra*, I, n. 796, 836 s.

l'être solidairement. A cet argument s'en ajoute un autre, cher aux partisans de la présomption d'après laquelle la femme n'est qu'une caution. C'est, prétend-on, au mari administrateur des biens de l'épouse comme des biens de la communauté, qu'il appartient de dire où est allé le profit de l'obligation. La femme, surtout s'il s'agit de l'emploi d'une somme d'argent, a le droit de ne rien savoir, elle qui est étrangère à l'administration.

III. *Dettes contractées par la femme avec l'autorisation de la justice.*

611. Ces dettes sont régies par l'article 1426, alinéa 1er, ainsi conçu : « *Les actes faits par la femme sans le consente-*« *ment du mari et même avec l'autorisation de la justice n'en-*« *gagent point les biens de la communauté...* ».

C'est la contre-partie de la règle écrite dans les articles 1409-2° et 1419. Il va sans dire que l'obligation contractée par l'épouse sans autorisation est annulable. L'obligation est, au contraire, valable lorsque la femme l'a contractée avec l'autorisation de la justice. Mais le créancier ne peut, dans ce cas, s'attaquer qu'à la nue propriété des biens personnels de l'épouse, car la jouissance de ces biens appartient à la communauté qui n'est point tenue des dettes dont il s'agit. La femme, n'ayant pas l'administration de la communauté, ne peut pas, en effet, conférer à son créancier le droit de poursuivre son paiement sur la masse commune. Ce principe reçoit de nombreuses applications dans les textes. Il suffit de se référer aux articles 1410, 1413, 1417 et 1424 pour s'en assurer,

612. Nous n'aurions rien à ajouter, si le législateur n'avait, dans les articles 1426 *in fine* et 1427, apporté trois exceptions à la règle, exceptions dont l'une, relative au commerce, n'est peut-être qu'apparente. Voyons-la tout d'abord.

Première exception. — Il s'agit des engagements que la femme contracte en qualité de commerçante. L'article 1426, après avoir posé la règle aux termes de laquelle les actes faits par la femme sans le consentement du mari et même

avec l'autorisation de la justice n'engagent point les biens de la communauté, ajoute : « *Si ce n'est lorsqu'elle contracte « comme marchande publique et pour le fait de son com- « merce.* » Pris à la lettre, cet article 1426 *in fine* semble décider que l'épouse commerçante engage la communauté, alors même qu'elle a agi « sans le consentement du mari et même avec l'autorisation de la justice. » Mais d'abord la femme commerçante ne peut pas valablement s'obliger sans autorisation aucune. Seulement, l'autorisation du mari, qui, en principe, ne peut pas, ici, être suppléée par celle de la justice (art. 4 C. comm.), peut lui être donnée tacitement et d'une manière générale. Il suffit que l'épouse fasse le commerce au vu et su de son mari, celui-ci ne protestant pas, pour qu'elle soit suffisamment autorisée. S'il fallait s'en tenir rigoureusement à la lettre de l'article 4 du code de commerce, jamais la femme ne pourrait être commerçante avec la seule autorisation de la justice. Par suite, la fin de l'article 1426 n'apporterait aucune exception à la règle d'après laquelle la femme autorisée de la justice n'oblige pas la communauté.

613. Mais on discute en doctrine, — et même quelque peu en jurisprudence, — sur le point de savoir si la justice ne pourrait pas autoriser la femme, soit à faire, soit à continuer le commerce qu'elle a commencé avec l'autorisation de son mari au cas où celui-ci est interdit ou déclaré absent. On serait même tenté de fermer les yeux et de dire que, dans ce cas, l'autorisation du mari subsiste puisqu'il ne l'a pas révoquée. Cette solution est-elle bien sûre ? L'article 4 du code de commerce n'exige-t-il pas que l'autorisation maritale persiste, clairvoyante et libre, tant que la femme reste commerçante ?

614. Du reste, il avait fallu aborder plus nettement le problème au cas où le mari, pour se venger d'une séparation de corps prononcée contre lui, avait expressément révoqué son autorisation. La loi du 6 février 1893 vient de nous débarrasser de cette complication en donnant pleine capacité à la femme séparée de corps (art. 311, réd. de 1893).

615. Toutefois, d'autres cas embarrassants subsistent. Le

mari était commerçant; il s'achemine peu à peu vers la folie. Un jour vient où il faut l'interdire ou le placer dans un asile d'aliénés. Faudra-t-il fermer l'établissement commercial, alors même qu'il est de notoriété publique que cet établissement est prospère et que depuis quelque temps la femme le dirige seule en réalité et avec une habileté indiscutable (1) ?

616. Dans les cas où l'on admettra que la femme peut être commerçante avec l'autorisation de la justice, s'élèvera la question fort délicate que voici : Est-ce aux risques et périls de la communauté que l'épouse fait le commerce? L'affirmative semble s'imposer, sous peine d'admettre une sorte de séparation de biens partielle et une sorte d'atteinte au contrat de mariage ; car, si nous débarrassons la communauté des dettes nées du commerce de la femme, il faudra lui en enlever les profits. D'ailleurs avec quoi, si ce n'est avec des valeurs de la communauté, la femme commune peut-elle faire le commerce? Nous n'avons pas à insister ici sur ces problèmes fort obscurs. Ils sont du domaine du droit commercial (2).

Nous constaterons seulement que si l'on admet : 1° que, parfois, la femme peut commencer ou continuer le commerce avec la seule autorisation de la justice, et 2° que ses obligations commerciales engagent la communauté, on ajoute une troisième exception aux deux que l'article 1427 apporte à la règle d'après laquelle la femme autorisée par la justice n'oblige que la nue propriété de ses biens propres.

617. Deuxième exception. — L'article 1427 permet, par exception, à la femme d'engager la communauté dans deux cas, dont le premier ne trouvera plus, à l'heure actuelle, que de

(1) V. sur cette question Duranton, *op. cit.*, II, n. 477 ; Marcadé, sur l'art 220 n. 2 ; Demolombe, *op. cit.*, IV, n. 320 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 798 s.; Aubry et Rau, *op. cit*, V, § 472, texte et note 70, p. 155 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 849, *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Autorisation de femme mariée*, n. 316 à 332, v° *Communauté*, n. 932 s. ; Planiol *op. cit.*, III (2e édit.) n. 1091 et 1107. — Civ. cass., 30 janv. 1877, S., 77. 1. 73.

(2) V. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, I, n. 180 s. et *Traité de droit commercial*, I, n. 253 s. ; Thaller, *Revue critique*, 1882, p. 579 s. — Cpr. *Traité élémentaire de droit commercial*, du même auteur 3e édit., n. 169 s.

très rares applications. Il s'agit d'emprunter « *pour tirer le mari de prison* ». Nos anciens auteurs entendaient par là : faire sortir le mari de la prison où il est incarcéré pour dettes en désintéressant le créancier, et aussi payer sa rançon, quand il était prisonnier des pirates ou réduit en esclavage « dans les États barbaresques » (1). Mais les actes de piraterie se font heureusement de plus en plus rares (2). D'autre part, la loi du 22 juillet 1867 a presque totalement aboli dans notre droit la contrainte par corps.

Comment justifier cette exception au droit commun ? D'après nos anciens auteurs (3), le mari prisonnier semble moins libre d'autoriser, et l'on a cru autrefois que tout ce qu'il faisait alors qu'il était interné était nul. Puis on se préoccupa de l'urgence, et on fut porté à considérer que l'intérêt particulier et très pressant que le mari peut avoir dans le contrat fait par sa femme peut suppléer au défaut d'autorisation. Il faut bien cependant que plus tard, on ait trouvé la cause moins pressante, puisque Basnage (4) est d'avis que la femme ne doit pas laisser de se faire autoriser en justice (5).

Aussi a-t-on décidé, dans l'ancien droit, comme depuis le code civil, que la femme ne pouvait pas obliger la communauté avec la simple autorisation de la justice pour empêcher le mari d'aller en prison. Celui-ci est libre ; c'est à lui de décider si les biens de la communauté doivent ou non être grevés de nouvelles dettes, alors surtout qu'il s'agit d'emprunter pour lui épargner la contrainte par corps. Cela ne veut pas dire que la femme soit condamnée à l'inaction, comme le craignent à tort Rodière et Pont (6). Au refus du mari, elle peut, en effet, s'obliger avec l'auto-

(1) V. Pothier, *De la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme*, n. 35 ; Lebrun, *Communauté*, liv. II, ch. I, sect. I, n. 21 s. ; Valin, *Coutume de la Rochelle*, I, p. 527. — Ordonnance de la marine, liv. III, tit. 6, art. 12.

(2) V. cep. Guillouard, *op. cit.*, II, n. 835.

(3) Lebrun, *Communauté*, liv. II, ch. I, sect. I, n. 26.

(4) Sur l'art. 541 de la *Coutume de Normandie*.

(5) V. art. 128 des *Placités*.

(6) Rodière et Pont, *op. cit.*, II. n. 820. — Cpr. Huc, *op. cit.*, IX, n. 178.

risation de la justice. Seulement cette obligation ne sera exécutoire que sur la nue propriété de ses biens propres (1).

618. Lebrun (2) se demandait jadis si la femme pouvait « contracter sans autorisation à l'effet de se tirer de prison ». Il répondait négativement. La question ne se poserait plus aujourd'hui dans les mêmes termes, surtout depuis l'abolition de la contrainte par corps en matière civile et commerciale. Aussi la négative nous paraît être plus que jamais certaine. L'urgence ne dispense pas la femme d'autorisation. Qu'elle s'adresse d'abord à son mari, et, sur son refus, qu'elle sollicite l'autorisation de la justice.

619. Troisième exception. — L'article **1427** édicte enfin une dernière exception à la règle d'après laquelle la femme autorisée de la justice n'engage que la nue propriété de ses biens propres, « *pour l'établissement de ses enfants en cas d'absence du mari.* »

Que la femme dont le mari est absent ou interdit puisse s'obliger avec l'autorisation de la justice, ceci est conforme au droit commun (art. **222**). Ce qu'il y a d'exceptionnel, dans la disposition de l'article **1427**, c'est qu'une telle obligation est exécutoire sur la pleine propriété des biens de la femme, et même sur les biens communs. Aussi le créancier ne doit-il pouvoir poursuivre son paiement sur les biens de la communauté que si l'obligation rentre dans les termes de l'article **1427**.

D'abord, il faut qu'il s'agisse de l'*établissement* d'un enfant. La loi ne spécifiant point un établissement « par mariage », la femme peut engager la communauté pour procurer à l'enfant un établissement commercial ou industriel, ou bien dans le but de faciliter à cet enfant l'exercice d'une profession libérale par l'achat d'une étude de notaire, d'avoué, etc... (3).

Le texte, d'autre part, semble bien applicable à tous les enfants de la femme, même à ceux qu'elle aurait eus d'un précédent mariage. Cependant, la formule de la loi ainsi entendue nous paraîtrait dépasser la pensée du législateur. Celui-ci

(1) Lebrun, *Communauté*, liv. II, ch. I, sect. I, n. 26.
(2) Lebrun, *Communauté*, liv. II, chap. I, sect. 1, n. 27 et 28.
(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 825.

n'a dû songer qu'aux enfants communs, les seuls dont l'établissement soit à la charge de la communauté (art. 1422 al. 1er, 1438, 1439) (1).

Est-il besoin de dire que le mot *enfants* comprend les descendants à tous les degrés (2).

Les auteurs s'accordent à refuser d'étendre la disposition de l'article 1429, qui ne parle que de l'absence de l'époux, au cas où le mari est interdit, bien que l'article 222 place ces deux hypothèses sur la même ligne. Le motif en est que l'article 511 déclare que le tribunal ne doit statuer sur la constitution de dot de l'enfant d'un interdit qu'après un avis favorable du conseil de famille (3).

620. Que faut-il décider si le mari non interdit est en état de démence, soigné dans la famille ou placé dans un asile d'aliénés ? D'abord, il est évident que la femme autorisée par la justice ne pourrait engager que la nue propriété de ses biens propres pour doter l'enfant commun. L'article 1427 n'embrasse pas plus cette hypothèse que celle d'un mari interdit. Le doute ne peut s'élever que sur l'application de l'article 511. Le créancier pourrait-il donc agir sur les biens communs en exécution d'une obligation que la femme aurait contractée, avec l'autorisation de la justice, pour verser à l'enfant la somme à laquelle la dot aurait été fixée par un avis du conseil de famille homologué par le tribunal ? Nous ne le croyons pas. Là où il n'existe pas de tutelle, de quel droit le conseil de famille se substituerait-il au mari pour grever la communauté d'une constitution de dot au profit des enfants communs ? Il faudra d'abord provoquer l'interdiction du père de famille. On peut regretter cette solution, surtout si le dément est dans un asile public d'aliénés. Elle impose des frais, des lenteurs, qui peuvent retarder de

(1) V. Fenet, XIII, p. 722 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 70 *bis*, IV ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 86 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 836.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 825.

(3) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 302; Odier, *op. cit.*, I, n. 258; Troplong, *op. cit.*, II, n. 963; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 826; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et note 336, p. 36; Arntz, *op. cit.*, III, n. 655; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 838 ; Planiol, *op. cit.*, III, (2e édit.) n. 1102.

beaucoup le mariage. Mais nous ne pouvons pas suppléer au silence de la loi.

621. Les articles 1426 et 1427 sont-ils limitatifs ? Bon nombre d'auteurs (1) ont essayé d'argumenter de l'article 1427 pour attribuer au juge une certaine liberté d'appréciation. Ce texte est ainsi conçu : « *La femme ne peut « s'obliger et engager les biens de la communauté, même pour « tirer son mari de prison, ou pour l'établissement de ses « enfants, en cas d'absence du mari, qu'après y avoir été « autorisée par justice.* » En présence de cette disposition un peu vague, des arrêts, argumentant du mot *même*, en ont conclu que la femme, autorisée par la justice, n'aurait pas le droit de critiquer ultérieurement un acte de vente de biens communs par elle consenti (2), ou un achat de parts indivises dans la propriété d'un produit pharmaceutique qu'elle a ensuite exploité commercialement (3).

Il est à observer, dans ce dernier cas qui fut soumis à la Cour d'Amiens, que la femme était administratrice provisoire des biens de son mari placé dans un établissement d'aliénés, et qu'il s'agissait de rendre possible un acte de gestion évidemment avantageux. L'arrêt rendu a été un arrêt d'espèce, dépassant par faveur les limites tracées par plusieurs principes, par exemple, en matière d'autorisation de faire le commerce.

A ce propos, on a remarqué que l'article 1427 confond peut-être deux idées différentes.

En tant que la femme veut s'obliger personnellement, c'est bien une autorisation qu'elle sollicite de la justice, et, par exception, dans les cas prévus par l'article 1427, l'autorisation de la justice aura les mêmes effets et donnera au créancier de la femme les mêmes droits que l'autorisation maritale (4). C'est du chef de l'épouse et en vertu de l'engage-

(1) Delvincourt, *op. cit.*, III, p. 21 et note 2 de la page 36 des notes ; Duranton, *op. cit.*, XVI, n. 305; Marcadé, sur l'art. 1427, n. 2; Demolombe, *op. cit.*, IV, n. 321 ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 970; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 826; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 326.

(2) Bourges, 13 fév. 1830, S. chr.

(3) Amiens, 26 juill. 1877, S., 77. 2. 265.

(4) Odier, *op. cit.*, I, n. 259; Taulier, *op. cit.*, V, p. 97; Massé et Vergé sur

ment de celle-ci que son créancier, qui, selon nous, n'est pas le créancier du mari, pourra saisir les biens de la communauté et ceux du mari, comme au cas régi par l'article 1419.

Toutefois ceux qui considèrent que, dans les hypothèses prévues par l'article 1419, les biens du mari et ceux de la communauté ne peuvent être saisis qu'en vertu d'une obligation personnelle du mari présumée par le législateur, ceux-là doivent admettre que, dans les cas régis par l'article 1427, les juges ne se bornent pas à relever la femme de son incapacité. Ils ne se contentent pas de l'*autoriser* à s'obliger elle-même ce qui n'engagerait que ses propres biens. Ils suppléent à la qualité qui lui manque pour engager la communauté et par contre-coup les biens du mari. Ils lui donnent le *mandat* de faire un acte d'administration de la communauté, aux lieu et place du mari empêché.

622. Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire d'invoquer ce mandat pour expliquer l'article 1427.

Mais il n'en va pas de même dans les deux espèces ci-dessus rappelées. Là, en effet, il ne s'agissait pas seulement de tracer les limites du gage des créanciers de la femme. Il s'agissait de faire directement acte d'administration ou même de disposition des biens communs aux lieu et place du mari. Ceci est surtout évident dans l'hypothèse soumise à la Cour d'Amiens. Ce n'était pas la femme commune en biens qui avait sollicité l'autorisation ordinaire, c'était *l'administratrice provisoire des biens du mari* qui avait demandé l'extension de son mandat judiciaire pour un acte qui lui semblait en excéder les limites (1).

623. Nous terminons ainsi l'étude des obligations conventionnelles de la femme. Cette théorie n'est qu'un aspect spécial de celle de l'administration des biens de la commu-

Zachariæ, IV, p 102, § 512, note 47 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, p. 336, § 509, texte et note 38 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 84 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 837; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1056 et *Rép. gén.* Fuzier-Hermann v° *Communauté*, n. 1056. Pianiol, *op. cit.*, III, (2e édit.) n. 1102, 1103.

(1) V. la note dans S., 77.2. 265.

nauté et des biens personnels de l'épouse que nous allons bientôt aborder.

IV. *Dettes de la femme, autres que celles qui résultent de contrats.*

624. Des obligations peuvent incomber à la femme par suite de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits.

Commençons par les obligations qui résultent d'une infraction à la loi pénale. Sur ce point, la solution donnée par le législateur est formelle. « *Les amendes encourues par la « femme ne peuvent s'exécuter que sur la nue propriété de « ses biens personnels, tant que dure la communauté* » : ainsi s'exprime l'article **1424** *in fine* (1).

Nous retrouvons ici l'application du principe d'après lequel dans le cas où la femme s'oblige par sa seule volonté sans l'autorisation de son mari, elle n'engage que la nue propriété de ses biens propres.

Aussi n'éprouvons-nous aucune hésitation à étendre à toutes les condamnations pécuniaires motivées, soit par une infraction à la loi criminelle, soit par un délit civil ou un quasi-délit — frais, dommages et intérêts, restitution, — ce que le législateur dit des amendes dans l'article **1424**.

625. Certaines lois spéciales dérogent, toutefois, à la règle générale. Il s'agit alors de délits ou de contraventions commis par la femme au profit du ménage, par suite au profit de la communauté et, sans doute, sous l'œil bienveillant sinon même avec les conseils du mari. Les condamnations peuvent être prononcées et leur recouvrement poursuivi contre le mari et la communauté.

Il en est ainsi en matière de délits ruraux (loi du 6 octobre 1791, t. II, art. 27), de délits forestiers (art. 206 C. forestier), de délits de pêche fluviale (loi du 16 avril 1829, art. 74) ou côtière (loi du 9 janvier 1852, art. 12). La même règle est suivie en matière de contraventions à la législation sur les contributions indirectes et pour les délits commerciaux (2).

Toutes les fois, d'ailleurs, qu'il sera prouvé que la com-

(1) V. Pothier, *Communauté*, n. 255 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 834.
(2) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, I, n. 260.

munauté a tiré un profit d'un fait illicite de la femme, le recouvrement des condamnations pourra, — jusqu'à due concurrence du moins de ce profit, — être poursuivi sur les biens communs et, par suite, contre le mari.

Cette preuve pourra résulter de l'attitude et des conclusions ou explications du mari assistant sa femme en justice.

En faut-il conclure que la dette de la femme dérivant d'un fait illicite sera exécutoire sur les biens communs et sur ceux du mari, par cela seul que l'époux a jugé à propos d'autoriser sa femme à plaider ou de l'assister en justice ? Nous ne le croyons pas, bien que le contraire ait été soutenu. Nous reviendrons d'ailleurs bientôt sur ce point en traitant spécialement des obligations qui résultent pour l'épouse de l'exercice des actions judiciaires tant en demandant qu'en défendant (1).

626. Ce que nous venons de décider à l'égard des obligations nées des délits et des quasi-délits de la femme, est-il également vrai des obligations qui ont leur origine dans un quasi-contrat ? En un mot, les articles 1409-2° et 1419 ne donnent-ils action aux créanciers de l'épouse sur les biens de la communauté et sur ceux du mari que dans le cas où les obligations de la femme sont conventionnelles et où le contrat d'où elles dérivent a été autorisé par le mari? Il nous semble que l'épouse qui s'oblige par un fait personnel licite, a besoin de l'autorisation maritale pour être tenue par quasi-contrat. Celui qui ne peut pas valablement s'obliger par contrat, en unissant sa volonté à celle d'autrui, ne peut point, sans contradiction, s'obliger valablement par sa seule volonté dans un quasi-contrat. La capacité requise de la femme, pour s'obliger par une gestion d'affaires ou par la réception de l'indû, est donc la même que pour s'obliger par un mandat ou par un emprunt. Hâtons-nous d'ajouter, pour éviter une méprise, que l'épouse non autorisée à recevoir un capital ou à gérer l'affaire d'autrui, sera tenue par l'action *de in rem verso*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence du profit qu'elle a retiré de l'opération (art. 1314), ce qui est moins rigoureux que l'action du quasi-contrat de gestion

(1) V. *infra*, I, n. 628 s.

d'affaires ou de réception de l'indû (1). Quoi qu'il en soit, toutes les fois que la femme a besoin de l'autorisation maritale pour s'obliger par un fait volontaire, le principe écrit dans les articles 1409-2° et 1419 nous paraît applicable. Il s'agit bien, dans notre espèce, d'*une obligation contractée par la femme avec le consentement de son mari.*

Dans tous les autres cas, il faut, nous semble-t-il, appliquer, au contraire, cet autre principe, à savoir qu'une obligation qui n'a pas sa source dans un fait purement volontaire de la femme et approuvé par le mari, n'engage que la nue propriété des biens de l'épouse (art. 1410, 1424, 1426 et 1413 *in fine*). Il en sera ainsi de l'obligation qui naît à la charge de la femme du fait d'un tiers, par exemple du fait de celui qui a géré utilement une affaire intéressant cette femme.

627. La distinction des cas où l'épouse n'est obligée que sur la nue propriété de ses biens propres et de ceux où les biens communs sont engagés, est loin d'être toujours aisée à déterminer avec précision. S'agit-il d'un quasi-délit, d'un fait illicite de la femme ? L'eût-elle commis au vu et su de son mari, elle n'oblige que la nue propriété de ses biens propres. Elle les a, au contraire, engagés pour la pleine propriété et, avec eux, ceux de la communauté, si l'obligation doit être considérée comme dérivant d'un fait volontaire et licite de la femme autorisée de son mari. Ceci posé la Cour de cassation a fait de ce dernier principe une application extrême dans un cas où se trouvait engagée la responsabilité civile de l'épouse, gardienne des enfants qu'un tiers lui avait confiés au vu et su de son mari (2). Ces enfants avaient, sans discernement, mis le feu à une meule d'avoine. Leur gardienne fut condamnée comme civilement responsable, et la Cour suprême a déclaré formellement les articles 1409 et 1419 applicables à cette obligation de la femme.

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 472, texte et note 22, p. 142.
(2) Req., 22 juill. 1891, S., 93. 1, 65.

V. *Obligations qui résultent pour la femme de l'exercice des actions judiciaires, tant en demandant qu'en défendant.*

628. Le fait d'ester en justice comme demanderesse ou défenderesse peut faire naître des obligations à la charge de l'épouse. Ces obligations-là ne sont-elles exécutoires que sur la nue propriété des propres de la femme ? Ou bien engagent-elles aussi les biens communs et ceux du mari ? En un mot, sont-elles régies par l'article 1419 ?

Plusieurs distinctions sont ici nécessaires à présenter.

629. Ne traitons, d'abord, que des frais du procès ou des dommages et intérêts fondés sur l'exercice abusif du droit de plaider, c'est-à-dire sur le procès lui-même. Il faut alors s'en tenir à la règle qui ressort des articles 1419 et 1426. La femme a eu le tort de plaider ; elle en paye la peine sous forme de dépens et de dommages et intérêts. Ses biens sont-ils seuls exposés à la poursuite de l'adversaire qui a obtenu ces condamnations ? Oui, si la femme a plaidé avec la seule autorisation de la justice. Non, si elle était assistée ou autorisée de son mari. Et il est juste de considérer comme une faute du mari l'autorisation de plaider qu'il a accordée à la femme, surtout si le tribunal a alloué à l'adversaire des dommages et intérêts fondés sur le procès lui-même. L'autorisation de plaider donnée par le mari, du moins quand il était nécessaire que la femme fût autorisée, engage donc les biens du mari et ceux de la communauté, comme l'obligation de contracter : *Judiciis quasi contrahimus*. Toutefois, ceci n'est vrai que des condamnations qui sont la suite directe de la procédure et qui ont pour cause immédiate le procès soutenu à tort (1).

630. Il faut ici bien se garder de confondre l'objet même du litige avec les frais et dépens ou les dommages-intérêts, simple complément des dépens. Par exemple, la femme avait nié l'existence d'une dette qui lui était demeurée propre d'après le contrat de mariage. Elle a soulevé des excep-

(1) J. Poitiers, 1er fév. 1892. *Gaz. Pal.* 1892. 1. 413; J. Saint-Omer, 16 juin 1901. *Rép. périodique de l'Enregistrement*, 1901, art. 10.827.

tions avec le concours de son mari. Tous les deux succombent. Qu'ils soient condamnés l'un et l'autre aux dépens de l'instance, puisque la résistance à laquelle le mari s'est associé est jugée injuste, rien de mieux. Mais ne serait-il pas excessif de condamner le mari, conjointement ou solidairement avec la femme, au paiement d'une dette restée propre à celle-ci? Comment justifier cette pénalité d'un nouveau genre, infligée au mari considéré comme complice d'une plaidoirie plus ou moins téméraire?

On a cependant soutenu qu'il en devait être ainsi, du moins quand la femme s'était rendue coupable d'un délit ou d'un quasi-délit.

Il faut s'entendre et éviter toute équivoque.

Sans doute le mari peut avoir été le complice ou le coauteur du délit commis par la femme. Alors il est juste qu'il soit condamné avec elle. Nous avons vu même que quelques lois spéciales ont présumé que le mari a été l'inspirateur et le bénéficiaire, comme chef de la communauté, du délit ou de la contravention, qui n'aurait guère été possible sans son approbation (1). Ou bien encore, il est possible que le mari se soit constitué le recéleur de ce que la femme a pris ou détourné.

Mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit. Une femme est, par exemple, poursuivie devant la juridiction civile pour injures ou diffamation. Le mari devra-t-il être condamné solidairement avec sa femme, parce qu'il a jugé à propos d'assister son épouse en justice, de l'aider à expliquer sa conduite, à pallier sa faute de façon à faire atténuer sa condamnation s'il est impossible d'y échapper ? Cela nous paraît excessif et injuste. La condamnation doit, a-t-on dit sagement, suivre le sort de l'obligation. Le juge doit en rechercher les causes, en déterminer le montant. Il ne doit surtout condamner comme tenu de l'obligation que celui qui est obligé. Les jugements sont déclaratifs (2).

Le mari ne devrait donc être condamné que si, dans les

(1) V. *supra*, I, n. 625.

(2) J. Poitiers, 1er fév. 1892, *Gaz. Pal.*, 1892, I, 443.

conclusions des époux, la diffamation ou les injures avaient été renouvelées, ou encore si, par une transaction autorisée du mari, les époux avaient substitué à l'obligation originaire une obligation nouvelle dérivant du contrat de transaction (1).

631. La thèse contraire a été soutenue par Rodière et Pont (2), qui s'étaient laissés égarer par Troplong (3). Celui-ci avait mal compris, à la suite de quelques auteurs anciens, un arrêt rapporté par Leprêtre (4). Une lecture attentive de cette décision nous révèle que le mari n'avait pas seulement *assisté* sa femme en justice ; *il l'avait aidée* à nier un recel persistant de meubles. Devenu ainsi le complice de sa femme, il méritait d'encourir avec elle la condamnation principale. Les meilleurs parmi nos anciens auteurs ne s'y étaient pas trompés (5). Seule, la coutume de Normandie, s'il faut en croire Boucheul, déclarait le mari responsable du délit de la femme « *s'il l'avait avouée* » (6).

CHAPITRE II

DE L'ADMINISTRATION DES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ ET DES BIENS PERSONNELS A LA FEMME. FONCTIONNEMENT DES RÉGIMES DE COMMUNAUTÉ.

632. Une observation importante doit être présentée au seuil même de ce sujet. Après avoir traité, dans une première partie du chapitre II du titre V, des règles qui régissent la communauté légale, le code civil, dans une seconde partie du même chapitre, s'occupe de la communauté convention-

(1) Laurent, *op. cit*, XXII, n. 80; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 509, p. 335-336 — Guillouard, *op. cit.*, II, n. 826 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1083 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1083; Huc, *op. cit.*, IX, n. 176.

(2) Rodière et Pont. *op. cit.*, II, n. 783. — V. également Massé et Vergé sur Zachariæ, p. 97, IV, § 642, texte et note 31.

(3) Troplong, *op. cit.*, II, n. 922-923.

(4) Leprêtre, *Cent.* 2, chap. XCIII.

(5) Lebrun, *Communauté*, liv. II, chap. II, sect. III, n. 8, p. 223. — Boucheul, *Cout. du Poitou*, art. 226, n. 8 s., 11, 15.

(6) V. art. 544, *Cout. de Normandie ;* Basnage écrit sur cet article qu'il est contraire *au droit civil.*

nelle et des conventions qui peuvent modifier ou même exclure la communauté légale. Si l'on parcourt rapidement les textes placés dans cet ordre d'idées, on constate que les clauses de communauté conventionnelle ont exclusivement pour objet, les unes de modifier la composition active et passive de la masse commune, les autres d'apporter des changements au règlement respectif des droits des époux à la dissolution de la communauté. Aucune de ces clauses ne vient modifier le fonctionnement, l'administration de ce régime. D'après l'article 1388, en effet, on ne peut pas, par contrat de mariage, déroger aux pouvoirs qui appartiennent au mari comme chef de l'association conjugale (1).

Nous sommes donc, ici, en présence de droits ou de pouvoirs que le législateur, dans un intérêt d'ordre public et pour éviter aux tiers des surprises ou des limitations incompatibles avec la rapidité des transactions, a voulu régler d'une manière uniforme et, par conséquent, souveraine. Le contrat de mariage ne saurait s'attaquer aux pouvoirs si étendus reconnus au mari par les articles 1421 et suivants sur les biens communs. De même, l'article 1428 règle souverainement les pouvoirs du mari, même sous le régime exclusif de communauté, quant à l'administration des biens propres de le femme. Tout au plus pourrait-on soutenir, à notre avis du moins, qu'il pourrait être valablement convenu que le mari aurait des pouvoirs d'administration plus larges sur les propres de l'épouse que ceux que lui reconnaît l'article 1428, ce qui, loin de porter atteinte aux prérogatives du chef, lui en reconnaîtrait de plus étendues (2). Quoi qu'il en soit, l'article 1428 nous apparaît comme étant la reproduction des errements jadis suivis dans les pays de communauté. Un autre système donnant au mari des pou-

(1) V. Paris, 7 mai 1855, S., 56. 2. 497, D., 56. 2. 257. — Caen, 29 juin 1881, cité en sous-note, S., 87. 2. 161. — V. également Troplong, *op. cit.*, I, n. 64 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 66, 67 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 504, texte et note 3, p. 266, 267 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 125 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 116, 117 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 4 ; Planiol *op. cit.*, III, (2e édit.), n° 800. — V. aussi *supra*, I,n. 19 s.

(2) V. *supra*, I, n. 21.

voirs plus étendus sur les biens dotaux avait prévalu dans les pays de droit écrit et l'article 1549 reflète la tradition de ces pays (1).

633. Nous avons dû fournir d'avance plus d'une indication sur les principes qui régissent l'administration des biens pendant la communauté, à l'effet d'en déterminer la composition active et passive.

Il nous reste à en présenter désormais un tableau d'ensemble.

634. Nous ne rencontrons aucune difficulté quand il s'agit de l'administration des biens du mari. Celui-ci, chef du ménage et chef de la communauté usufruitière des propres, administre ses biens personnels en la double qualité de propriétaire et d'administrateur chargé de percevoir les revenus dans l'intérêt de la communauté. Aucun conflit ne peut exister de ce côté.

Le mari exploitera ses biens à sa guise ; il en changera, s'il lui plaît, la destination. Il en disposera librement à titre onéreux ou à titre gratuit sous les seules restrictions du droit commun, par exemple celles qui résultent des lois sur la réserve au profit des descendants ou des ascendants (art. 913, 915), ou celles qui sont la conséquence des charges hypothécaires, en tête desquelles il ne faut pas oublier l'hypothèque légale de la femme mariée. Aussi verra-t-on souvent, en pratique, l'épouse figurer à côté du mari dans l'acte d'aliénation d'un immeuble personnel de ce dernier. Cette présence n'a d'autre utilité que de procurer à l'acquéreur cet avantage, à savoir que la femme renonce à son hypothèque légale sur l'immeuble aliéné (art. 9 de la loi du 23 mars 1855, modifié par la loi du 13 février 1889). L'épouse n'intervient pas à la vente pour donner au mari une autorisation dont il n'a nul besoin (2).

635. Les pouvoirs du mari sont, tout au contraire, limités quant à l'administration des biens communs entre lui et sa

(1) V. *infra*, III, n. 1619 s.

(2) L'intervention de la femme peut-être motivée, soit par l'unique intention de renoncer à son hypothèque légale, soit en outre par la volonté de se porter co-garante. — Cpr. loi du 13 fév. 1889 (article unique, al. 3).

femme, surtout quant à l'administration des biens personnels de l'épouse. Le mari administre ces derniers avec les pouvoirs limités d'un usufruitier, administrateur du bien d'autrui, en vertu du droit de jouissance qui appartient à la communauté dont il est le chef.

636. Quoi qu'il en soit, il va nous falloir étudier ici les articles 1421 à 1440, sauf les articles 1424 à 1427, les textes relatifs aux remplois ainsi que l'article 1440 que nous avons expliqués par avance.

Indiquons les divers points qui vont successivement nous occuper. Chacun sera l'objet d'une section distincte de ce chapitre :

1° Des droits et des pouvoirs du mari et de la femme sur les biens de la communauté;

2° De l'administration des biens propres de l'épouse;

3° Théorie générale des récompenses.

SECTION PREMIÈRE

DES DROITS ET DES POUVOIRS DU MARI ET DE LA FEMME SUR LES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ

637. Le mari et la femme sont copropriétaires des biens de la communauté (1). Celle-ci, nous croyons l'avoir établi, n'a pas la personnalité civile (2). Elle n'est point une personne fictive créée par la loi, placée par elle entre les deux époux et possédant vis-à-vis des tiers un véritable patrimoine distinct du patrimoine propre de chacun des conjoints. La communauté ou société de biens entre époux n'est représentée que par un fonds commun, destiné à subvenir aux charges du ménage et à s'enrichir des économies momentanément confondues et finalement soumises au principe du partage égal. Ainsi se trouve bien consolidée, semble-t-il, l'idée d'une copropriété basée sur l'égalité, du moins théorique, des droits des deux conjoints.

(1) Amiens, 30 janvier 1901. D. 1903-2-289.

(2) V. *supra*, I, n. 249 s.

Toutefois, cette idée se trouve singulièrement atténuée et transformée par l'étendue considérable et presque illimitée des pouvoirs du mari. Toute société, dit-on, doit avoir un chef. Les articles 1857 à 1859 ne semblent pourtant pas considérer ce principe comme fondamental en matière de sociétés ordinaires. L'article 1859 proclame même la règle inverse pour servir de point de départ à l'interprétation des clauses relatives à l'administration. D'ailleurs, entre associés égaux, si agir semble de préférence devoir être le fait d'un seul, délibérer paraît bien être le droit de tous.

Nous venons de nous placer en face d'une société ordinaire. Mais le mari et la femme ne sont point, en réalité, des associés égaux. La nature, et la loi après elle, désignent le mari comme chef du ménage. Le mari doit protection à sa femme, et celle-ci obéissance à son mari (art. 213). La gestion des intérêts pécuniaires, surtout dans les relations avec les tiers, est confiée au mari. Cela a paru plus conforme à nos habitudes, aux mœurs, aux convenances mêmes. Le mari apportera vraisemblablement plus d'expérience dans cette gestion.

Voilà pourquoi le mari, chef du ménage, est également le chef de la communauté. Ses pouvoirs sur les biens communs vont être presque sans limites. La communauté, tant qu'elle dure, est pour ainsi dire absorbée dans la personne de l'époux.

Tandis que le mari va pouvoir disposer des biens communs, les pouvoirs de la femme sur ces mêmes biens vont être si réduits que l'on a pu mettre en doute qu'elle eût sur eux un droit actuel de copropriété (1). Ce droit existe pourtant (2), mais se trouve limité par une double restriction que voici :

1° Le droit de la femme sur les biens communs est soumis à la condition résolutoire d'une renonciation de sa part; renonciation qui devient possible, lorsque la communauté est dissoute.

(1) V. *supra*, I, n. 247, 248.

(2) Lire cependant les motifs d'un arrêt de la cour de Chambéry du 6 mai 1885, S., 87. 2. 117, note Appleton, D., 86 2. 33. — V. également Guillouard, *op. cit.*, II, n. 689.

2° Pendant la communauté, aussi longtemps qu'elle dure, les droits du mari, administrateur de la société conjugale, sont tellement étendus que, aux yeux des tiers, avec lesquels il traite à titre onéreux, le fonds commun se confond avec le patrimoine propre de l'époux.

638. Il ne faut pas se dissimuler, toutefois, que les pouvoirs du mari, comme chef de la communauté, ont subi depuis l'ancien droit et subissent de nos jours, une évolution qui les montre s'affaiblissant progressivement.

C'est ainsi que le mari n'est plus le « seigneur et maître », quand il s'agit de disposer des immeubles communs à titre gratuit par acte entre vifs. Et cette restriction protégera bientôt, sans doute, les valeurs mobilières dont le XIX^e^ siècle a tellement vu grandir l'importance. Le mari ne conservera peut-être pas longtemps désormais le droit de n'avoir jamais à rendre compte de ses prodigalités, et de ne devoir aucune récompense, quelque coupable ou inintelligente qu'ait été sa gestion. Nos mœurs n'admettent plus le vieil adage : *Maritus potest perdere, dissipare, abuti.* Il serait bon de le rayer de nos lois. Il ne suffit point à la femme de pouvoir provoquer la dissolution anticipée de la communauté par une séparation de biens, ce qui suppose les droits de l'épouse déjà singulièrement compromis. Cependant, ce droit d'obtenir la séparation de biens, ainsi que celui de renoncer à la communauté, puis le bénéfice d'émolument avec l'hypothèque légale qui ne grève que les immeubles du mari et sert plutôt à ce dernier d'instrument de crédit, grâce à la subrogation, sont aujourd'hui les seuls moyens de protection que la femme possède.

Mais laissons là ces considérations (1) et abordons l'étude des dispositions de notre code civil sur les droits et les pouvoirs du mari à l'occasion des biens communs.

(1) V. *supra* Préface.

§ I. *Droits et pouvoirs du mari sur les biens communs.*

639. Voici en quels termes la grande étendue des pouvoirs du mari sur les biens de la communauté est proclamée par l'article **1421**: « *Le mari administre seul les biens de la com-* « *munauté. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le* « *concours de la femme.* »

Viennent ensuite deux textes, les articles **1422** et **1423**, qui apportent deux restrictions à la règle que vient de formuler l'article **1421**.

L'article **1422**, s'occupant des libéralités entre vifs, est ainsi conçu : « *Il* [le mari] *ne peut disposer entre vifs à titre gra-* « *tuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité* « *ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement* « *des enfants communs. — Il peut néanmoins disposer des* « *effets mobiliers à titre gratuit et particulier au profit de* « *toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit.* »

Quant à l'article **1423** relatif aux libéralités par décès, voici son contenu : « *La donation testamentaire faite par le mari* « *ne peut excéder sa part dans la communauté. — S'il a donné* « *en cette forme un effet de la communauté, le donataire ne* « *peut le réclamer en nature qu'autant que l'effet, par l'événe-* « *ment du partage, tombe au lot des héritiers du mari; si l'effet* « *ne tombe point au lot de ces héritiers, le légataire a la* « *récompense de la valeur totale de l'effet donné, sur la part* « *des héritiers du mari dans la communauté et sur les biens* « *personnels de ce dernier.* »

La tâche qui nous incombe en présence de ces dispositions de la loi est toute tracée. Nous allons étudier tout d'abord la règle posée par l'article **1421**, puis, successivement, chacune des deux limitations qu'elle comporte.

640. Avant d'aborder cette étude, une remarque nous paraît bonne à faire. Il n'est pas inutile, en effet, de noter dès maintenant que la renonciation de la femme ou de ses héritiers à la communauté, aura pour conséquence de rendre rétroactivement valables tous les actes de disposition, même

à titre gratuit, des biens communs. En cas de renonciation à la communauté, les biens communs deviennent rétroactivement biens du mari. Les théories que nous allons exposer sur les limitations du droit du chef de la communauté ne trouvent donc définitivement leur application qu'en cas d'acceptation de la communauté par la femme ou par ses héritiers.

A. *Étude de la règle posée par l'article* 1421.

641. Laurière (1), à l'occasion de l'article 225 de la coutume de Paris, faisait autrefois remarquer que le mari seigneur et maître de la communauté n'en était pas cependant propriétaire, qu'il n'en était qu'un administrateur avec des pouvoirs étendus allant jusqu'à l'aliénation.

C'est bien en ces termes que les rédacteurs du code civil ont caractérisé les pouvoirs du mari dans l'article **1421.** Ils lui ont, en effet, conféré par ce texte la libre administration des biens communs, lui permettant de les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme.

Il en est qui prétendent que l'époux agit ainsi tant en son nom personnel que comme mandataire de l'épouse. Il n'est pas certain que cette idée-là soit exacte, étant donné que tout mandataire a l'obligation de rendre compte, alors que le mari administrateur des biens de la communauté n'est grevé d'aucune obligation de ce genre vis-à-vis de sa femme. Il ne doit une indemnité que quand il s'est enrichi aux dépens de la communauté. Il administre donc, moins comme mandataire de la femme que comme chef de la communauté (2).

Mais, en supposant que le tiers acquéreur de l'immeuble commun, aliéné par le mari dans la limite de ses pouvoirs, n'ait pas, conformément à la loi du 23 mars 1855, fait transcrire son titre d'acquisition avant la dissolution de la communauté, la femme ne saurait prétendre que cette acquisition, non transcrite, ne lui est pas opposable. D'abord le mari, en agissant comme chef de la communauté sans excéder ses

(1) Laurière, sur l'art. 225 de la coutume de Paris.

(2) Rapp. Ferron, note dans S., 1900. 1. 130, 3e col. et 131 col. 1re et 2, sous Civ. rej., 7 déc. 1898.

pouvoirs, représente légalement l'épouse à l'aliénation (1). De plus, la femme, copropriétaire de l'immeuble commun aliéné, n'est pas un tiers au sens de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855. Ce texte suppose en effet, qu'il s'agit d'ayant cause à titre particulier de l'aliénateur acquérant de lui, avant ou après l'aliénation, mais avant la transcription, des droits réels sur l'immeuble aliéné et les ayant conservés en se conformant aux lois. Or, telle n'est pas la situation de la femme commune au regard de son mari. L'épouse n'est pas davantage un tiers au sens de l'article 1328, de telle sorte que les obligations contractées par le mari, les billets par lui souscrits sont opposables à l'épouse bien qu'ils n'aient pas date certaine. Il n'était pas inutile de rapprocher ces deux solutions.

Déterminons désormais les pouvoirs du mari dans leur étendue d'application.

642. Le mari est un administrateur qui non seulement peut consentir tous les actes d'administration proprement dits sur les biens communs, mais a le droit de disposer des meubles et aussi des immeubles dépendant de la communauté.

Nous savons déjà (2) que ses créanciers personnels, même ceux qui ont des droits antérieurs au mariage, peuvent saisir comme s'ils lui appartenaient en propre, les conquêts de communauté. De même le mari peut, soit les vendre à l'amiable, soit les grever de servitudes ou d'hypothèques conventionnelles. Si le mari est tuteur, les immeubles de la communauté sont frappés de l'hypothèque du mineur ou de l'interdit. S il y a un jugement pris contre lui, l'hypothèque judiciaire atteint les biens de la communauté (3). Ceux-ci, d'autre part, doivent-ils être considérés à l'égard de la femme en tant qu'elle est créancière du mari, comme biens de ce mari, biens frappés de l'hypothèque légale de l'épouse; et si oui, sa qualité de femme commune ne la rend-elle pas non

(1) Amiens, 30 janvier 1901. D. 1903. 2. 289.

(2) V. *supra*, I, n. 514 s.

(3) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, ***Traité du nantissement, des privilèges et hypothèques***, II, n. 1273 à 1275.

recevable à invoquer cette hypothèque contre les tiers? Ici se présente la question de savoir si l'hypothèque légale de la femme mariée affecte les conquêts de communauté. Nous n'avons pas à l'étudier (1).

643. En aliénant à titre onéreux un bien commun, le mari peut ne disposer que de la nue propriété de ce bien et en réserver l'usufruit (2). Mais cet usufruit reste dans le fonds commun. L'époux, même par la stipulation la plus formelle, ne peut pas se le réserver en propre. Admettre le contraire ce serait en effet permettre au mari de se faire à lui-même donation d'un bien commun, sous le prétexte que la communauté vient d'aliéner la nue propriété et d'en toucher le prix. Ceci est inadmissible.

644. D'autre part, nous avons par avance, examiné une question voisine de celle-ci, bien qu'elle ne se confonde pas cependant avec elle (3) en parlant de la constitution, comme prix de l'aliénation, d'une rente viagère sur la tête d'un seul des époux ou sur celle des deux conjoints avec ou sans clause de réversibilité (4).

645. Quoi qu'il en soit, le mari est le maître d'apporter à l'aliénation les conditions qu'il juge convenables. La validité de l'aliénation d'un bien commun faite par lui moyennant un usufruit ou une rente viagère ne saurait être contestée (5).

646. A plus forte raison, le mari peut-il exercer seul toutes les actions concernant la communauté, soit en demandant, soit en défendant. La chose jugée à son égard relativement à la communauté sera jugée même vis-à-vis de

(1) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité du nantissement, des privilèges et hypothèques*, II, n. 1005.

(2) En supposant que la vente ainsi consentie sous réserve d'usufruit l'ait été par le mari au profit de l'un de ses successibles en ligne directe, il a été jugé que la veuve commune en biens ne peut pas prétendre qu'il s'agit là d une donation déguisée, en invoquant la présomption légale édictée par l'art. 918. Cette présomption n'est écrite, en effet, que dans l'intérêt des héritiers réservataires. Eux seuls sont admis à l'invoquer. — V. Orléans, 14 mai 1864, S., 65. 2. 71, D., 64. 2. 172. — *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1159.

(3) M. Guillouard réunit à tort, à notre avis, les deux hypothèses. — V. *op. cit.*, II, n. 692.

(4) V. *supra*, I, n. 279, 280.

(5) Vigié, *op. cit.*, III, n. 190.

l'épouse. Nous ferons bientôt de ce point une étude spéciale (1).

647. Le mari peut aussi obliger la communauté, non seulement par contrat, mais même, ainsi que nous l'avons vu précédemment, par ses délits, sauf la récompense qu'il lui doit payer en ce qui concerne l'amende (2). Il peut l'engager activement et passivement dans toute espèce de spéculations et d'opérations. Si, par exemple, il cautionne un tiers, un ami, et est obligé de payer la dette, la communauté va se trouver tenue, — et cela sans récompense, — s'il n'en a pas tiré de profit personnel.

648. L'application de la règle écrite dans l'article 1421 est intéressante à signaler en matière de compensation.

S'agit-il, en effet, d'une dette ou d'une créance personnelle de la femme, les époux ou leurs adversaires ne pourraient pas l'opposer en compensation d'une créance ou d'une dette commune tant que dure la communauté (3). Cette compensation ne serait possible qu'après la dissolution du régime, la division de plein droit du passif rendant la femme acceptante débitrice personnelle d'une partie distincte des dettes communes (art. 1482, 1483).

Au contraire, le mari est, vis-à-vis des tiers, pourvu du droit d'opposer en compensation les créances communes, comme s'il en était titulaire. Il y a là un cas de compensation légale que les tiers peuvent invoquer contre le mari. Le mari est créancier des créances et débiteur des dettes communes. Et nous admettrons la même solution à l'égard des dettes régies par les articles, 1409-2° et 1419.

En effet, bien que nous ne considérions pas le mari comme obligé personnel au paiement des dettes qu'il a autorisé la femme à contracter, nous reconnaissons que, tant que dure la communauté, le mari, exposé à voir saisir ses biens pour la totalité desdites dettes, peut aussi se voir opposer ces dettes en compensation des créances dont il réclame le paiement en son nom personnel et comme chef de la communauté. A plus

(1) V. *infra*, I, n. 699 s.
(2) V. *supra*, I, n. 573 s.
(3) Rennes, 23 août 1879, sous Cass., 21 nov. 1883, S., 86. 1. 21.

forte raison peut-il invoquer cette compensation. Celle-ci est légale. Cette solution ne peut pas faire de doute quand la compensation se fait avec une créance de la communauté. Or les dettes dont il s'agit sont des dettes de communauté, nées de l'engagement de la femme qui contracte avec l'autorisation de son époux, conformément à l'article 1409-2°.

649. Nous venons de nous rendre compte de l'étendue presque illimitée des pouvoirs du mari sur les biens communs. La loi se contente de lui interdire de s'enrichir aux dépens de la communauté. De même, bien que cette limitation ne soit pas écrite dans la loi, il est admis que le mari ne peut pas engager la communauté par un acte fait en fraude des droits de son conjoint.

Les sanctions de ces deux règles sont loin d'être les mêmes. En effet, tandis que les aliénations frauduleuses peuvent, si les tiers sont complices de la fraude, être annulées à la demande de la femme ou de ses héritiers (art. 1167), les aliénations à titre onéreux, dans lesquelles le mari aura tenté de s'assurer un bénéfice personnel, sans fraude ourdie avec les tiers, ne sont pas nulles. Le mari devra seulement restituer à la communauté l'avantage qu'il avait voulu s'approprier indûment, par exemple, l'usufruit qu'il s'était réservé lors de l'aliénation ; ou bien encore, il devra à la communauté une récompense égale au profit qu'il retire de l'opération (art. 1437). S'il arrivait que les moyens employés par le mari pour conserver l'avantage personnel vinssent à constituer lors de la dissolution de la communauté un recel ce recel ferait alors perdre à l'époux sa part dans les valeurs dissimulées (art. 1477).

Ces dernières solutions, qui trouveront un complément d'explication lorsque nous étudierons la théorie générale des récompenses, ne soulèvent pas de difficultés.

Il n'en est pas de même de celle d'après laquelle le mari ne saurait engager la communauté par un acte fait en fraude des droits de sa femme.

650. Quand peut-on dire, en effet, qu'une aliénation devra être annulée comme faite en fraude des droits de l'épouse? C'est là une idée qui demande à être précisée. Nos anciens

auteurs l'ont émise à propos des donations de biens communs (1). Dans l'ancien droit, en effet, on reconnaissait au mari des pouvoirs si étendus qu'ils allaient jusqu'à lui permettre de disposer à titre gratuit des biens de la communauté, mais à la condition que les donations fussent faites sans fraude. La loi a aujourd'hui, nous le verrons bientôt en détail (2), réglementé ce point. Mais la doctrine actuelle étend l'idée ancienne à tous les actes, même à titre onéreux, que le mari peut faire en fraude des droits de l'épouse. Le silence du code civil à cet égard ne prouve nullement qu'il ait entendu abandonner l'ancienne tradition, et c'est un pur sophisme d'alléguer que la fraude est impossible contre des droits que la femme ne possède pas encore puisque, nous croyons l'avoir démontré, elle est copropriétaire des biens communs (3).

En somme le mari est un administrateur irresponsable des biens de la communauté. Il ne répond ni de ses négligences les plus graves, comme de laisser dépérir des bâtiments faute d'entretien ou de ne pas poursuivre les débiteurs peu solvables, ni de ses fautes les moins excusables, comme de gaspiller l'actif commun en prodigalités ou même en orgies. La séparation de biens, la séparation de corps ou le divorce sont les seuls moyens de protection pour la femme.

Toutefois le mari répond de son dol (4). De même qu'il lui est défendu d'augmenter son patrimoine de ce dont il appauvrit la communauté, de même il lui est interdit d'enrichir aux dépens de cette communauté ses parents, ses amis, sauf d'une manière loyale et dans les limites tracées par l'article 1422.

Supposons notamment que, en prévision d'une instance assez prochaine en divorce, en séparation de corps ou en

(1) Pothier, *Communauté*, n. 467, 479 s. ; Lebrun, *Communauté*, liv. II, chap. II, sect. I, n. 1 s.

(2) V. *infra*, I, n. 658 s.

(3) V. *supra*, I, n. 246 s.

(4) Troplong, *op. cit.*, II, n. 871 s. ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 875 876; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et notes 3 et 4, p. 326 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, V, n. 65 *bis*, V ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 40 s. ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 734 s. ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 129 *in fine;* Planiol, *op. cit.*, t. III (2e édit.) n° 1022. — V. cep, Toullier, *op. cit.*, XII, n. 77.

séparation de biens, le mari fasse quelque acte de disposition des biens de la communauté en vue de prévenir, au préjudice de la femme, les conséquences de la séparation prochaine : l'acte étant frauduleux ne pourra être opposé à l'épouse, malgré l'article 1421.

La femme pourra se faire indemniser du préjudice qui lui aura été ainsi causé. Quant à savoir si l'acte à titre onéreux est nul à l'égard du tiers avec qui le mari a traité, cela dépendra. Si le tiers a été complice de la fraude, — mais dans ce cas seulement, — l'action en nullité de l'acte pourra être poursuivie contre lui (art. 1167).

Un arrêt de la cour de Colmar du 25 février 1857 (1) nous fournit une application très nette de cette théorie dans l'ordre d'idées que nous venons de prévoir.

De même la cour de Bordeaux, adoptant les motifs des premiers juges, a, dans un arrêt du 7 février 1878 (2), annulé pour cause de fraude, à l'encontre d'un acquéreur qui en avait été complice, une aliénation à charge d'une rente viagère constituée sur la tête du mari sans reversibilité sur la tête de la femme.

Un arrêt de la cour de Paris, en date du 21 juillet 1871 (3), paraît intéressant à signaler encore. Dans l'espèce, les époux vivaient séparés de fait. Le mari, âgé de soixante-dix-huit ans, constitua sur sa tête une rente de 9,700 francs au moyen de l'aliénation d'un capital de 75,125 francs pris dans la caisse commune. Le mari étant venu à décéder, la rente s'éteignit en même temps que se produisit la dissolution de la communauté. Quant aux arrérages qui avaient été versés et s'étaient élevés à 21,825 francs, ils étaient tombés dans la communauté ; mais le mari les avait dissipés seul, en vivant plus largement et sans avoir augmenté la pension qu'il payait à sa femme.

Il ne pouvait pas être question, dans l'hypothèse, de contraindre le débi-rentier à restituer la différence entre le capital déboursé et le total des arrérages reçus, car ce débi-

(1) Colmar, 25 févr. 1857, S., 57. 2. 321, D., 57. 2. 88.
(2) Bordeaux, 7 févr. 1878, S., 78. 2. 258, D., 79. 2. 124.
(3) Paris, 21 juill. 1871, S., 72. 2. 301.

rentier avait été de bonne foi, si bien que l'article 1167 ne pouvait pas lui être opposé.

La cour de Paris se contenta de condamner la succession du mari au paiement d'une récompense de 21,825 francs, c'est-à-dire d'une somme « égale au profit personnel et indû que le mari avait tiré des biens de la communauté » (art. 1437). Comme base de sa solution l'arrêt invoque surtout ce motif, à savoir que « le mari a agi sciemment en vue de frustrer la communauté durant le peu de jours qu'il lui restait à vivre et *surtout après sa mort, qu'il a voulu détruire un capital dont moitié devait revenir à sa femme après lui...* ». La véritable cause de la récompense n'est donc pas, dans l'espèce, un *profit* ou en *enrichissement* du mari au préjudice de la communauté, mais bien son *dol* et la *fraude* par lui combinée en vue d'appauvrir cette communauté.

N'en faut-il pas conclure que le montant de l'indemnité aurait dû être calculé autrement qu'il ne l'a été? Au lieu d'invoquer l'article 1437, la Cour, — faute de pouvoir appliquer l'article 1167 vis-à-vis du débi-rentier, — ne devait-elle pas recourir au principe de l'article 1382? La bonne foi du débi-rentier le protégeant contre l'annulation de la constitution de la rente viagère, le mari demeurait seul responsable de la fraude. Dès lors, la succession devait être condamnée à réparer le préjudice causé à la communauté. Or ce préjudice n'était-il pas égal au capital de 75,125 francs frauduleusement aliéné, capital dont il faut toutefois déduire les 21,825 francs reçus et dépensés par le mari, soit 53,300 francs? Voilà la portion de l'actif dont la communauté a été frustrée par la fraude du mari et dont la moitié s'est trouvée injustement détournée au préjudice de la femme. Au contraire, le mari a pu impunément gaspiller les 21,825 francs qui lui ont été versés à titre d'arrérages. Telle nous paraît être la solution exacte de l'hypothèse qu'eut à examiner la Cour de Paris (1).

(1) V. encore au sujet des actes faits par le mari en fraude des droits de l'épouse: Civ. rej., 11 nov. 1895, D., 95. 1. 411. — Douai, 16 janv. 1897, D., 97. 2. 425. — Paris 12 fév. 1903, D. 1904.2.353.

651. Il n'est pas besoin d'ajouter que la femme, maîtresse à cet égard de recourir, vis-à-vis du mari et des tiers acquéreurs, à tous les moyens possibles de preuve, — preuve par témoins ou par présomptions, — pour établir la simulation qu'elle allègue et dont elle n'a pas pu se procurer une preuve écrite, peut seule critiquer ainsi, pour cause de fraude, les actes faits par le mari sur les biens communs.

Il suit de là que ces critiques ne sont possibles qu'après la dissolution de la communauté, et qu'elles constituent, si elles se produisent, des actes d'acceptation de cette communauté (1).

652. De la théorie que nous venons de présenter, il importe de rapprocher l'article 243 (rédact. de 1886), qui est la reproduction de l'ancien article 271 du code civil de 1804. Dans ce texte, où l'on suppose les époux mariés sous le régime de la communauté, on restreint les pouvoirs du mari comme chef, à compter du moment où l'instance en divorce étant mise en mouvement, le président du tribunal a, conformément à l'article 235, rendu une ordonnance permettant de citer l'époux défendeur en conciliation. On redoute de la part du mari qu'il ne compromette l'actif de la communauté *en contractant des engagements à sa charge*, ou *en consentant des aliénations d'immeubles communs*. Ces actes-là sont annulés s'ils sont faits en *fraude* des droits de la femme, c'est-à-dire s'ils portent préjudice à l'épouse et ont été accomplis avec l'intention de lui nuire, conformément aux principes admis à l'occasion de l'article 1167 (2).

Dans sa rédaction primitive, le texte correspondant à l'article 243 actuel contenait une disposition beaucoup plus rigoureuse. Il était ainsi conçu : « A compter du jour de la demande en divorce, le mari ne pourra plus contracter de dettes à la charge de la communauté, ni disposer des

(1) Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 40 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 738 et III, n. 1324. — Req., 31 juillet 1872, D., 73. 1. 340, S., 73. 1. 117.

(2) Dans la séance du Sénat du 22 décembre 1885, MM. de Gavardie et Bozérian demandèrent le remplacement des mots *en fraude*, dont se sert l'art. 243, par les mots *au préjudice*. Mais l'amendement fut rejeté, comme tendant à mettre le mari hors du droit commun. — V. *Journ. off.* du 23 décembre 1885, et Sirey, *Lois annotées* de 1886, p. 51, note 24.

immeubles qui en dépendent : *toute aliénation qu'il en fera sera nulle de droit* ». Mais un retour au droit commun, dans le sens où nous le trouvons exprimé aujourd'hui dans l'article 243 fut convenu dans la conférence qui eut lieu entre la section de législation du conseil d'État et celle du Tribunat à la suite du changement que le Tribunat proposait d'apporter à la rédaction primitive (1).

Quoi qu'il en soit, l'article 243, que l'article 307 (rédact. de 1886) déclare applicable à la séparation de corps, n'a trait qu'aux obligations ou aux aliénations d immeubles. Mais comme il ne fait rien autre chose qu'appliquer à ces actes les principes généraux en matière d'action paulienne, il ne faut pas douter que tous les actes quels qu'ils soient, accomplis par le mari au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps, en fraude des droits de l'épouse, pourront être annulés à charge d'établir, conformément au droit commun, la complicité du tiers bénéficiaire des actes à titre onéreux. Ainsi, pour les aliénations de meubles, il est évident que celles-ci seraient révocables en vertu de l'article 1167, si elles avaient été frauduleusement faites au cours de l'instance en divorce ou en séparation de corps (2).

653. Au point de vue des meubles, l'article 270 du code civil de 1804 déclarait que : « La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce pourra, en tout état de cause, à partir de la date de l'ordonnance (invitant les parties à comparaître devant le président), requérir,

(1) Fenet, IX, p. 442 à 450.

(2) Demolombe, *op. cit.*, IV, n. 460 s. ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 493, p. 195, § 494, p 201, § 503, p. 326 ; Guillouard, *op. cit*, II, n. 739. — Req., 26 juin 1866, S., 66. 1,334, D., 66. 1. 478. — Rapp. Paris, 19 mai 1870, S., 70. 2. 172, D., 71. 2. 40. — D'après cet arrêt : de ce que la mari peut aliéner ou hypothéquer les biens de la communauté, ou même, dans une certaine mesure, en disposer à titre gratuit, il ne résulte pas qu'il soit dispensé de justifier à la dissolution de la communauté, sinon de l'utilité ou de la légitimité des dépenses qu'il a faites, du moins de leur réalité ou de leur importance. Il doit dès lors récompense à la communauté des sommes dont l'emploi n'est pas justifié, ou même de celles qui, postérieurement au jour où la femme demanderesse en séparation de corps a quitté le domicile conjugal, ont été employées par lui à des dépenses d'agrément, dont il a tiré un profit personnel (art. 1437 et 1468. — Cpr. Guillouard. *op. cit.*, II, n. 740 et Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 6.

pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge par le mari de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire. » C'était une entrave apportée à l'exercice par le mari du pouvoir d'aliéner les meubles. Ce texte a été remplacé par un article 242 (rédact. de 1886), contenant un troisième alinéa ainsi conçu: « *Les scellés sont levés à la requête de la partie la « plus diligente, les objets et valeurs sont inventoriés et « prisés, l'époux qui est en possession en est constitué gardien « judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement.* » Cette disposition est applicable à la séparation de corps comme au divorce, d'après l'article 307 (rédact. de 1886). Nous ne croyons pas que le changement de rédaction que nous venons de constater ait modifié la portée de la loi, et l'on soutiendrait vainement, à notre avis, que le mari peut être dépouillé de l'administration de la communauté, à titre de mesure conservatoire des droits de l'épouse. Cette thèse, dépassant de beaucoup les termes de la loi et la pensée des législateurs de 1886, a d'ailleurs été repoussée en jurisprudence (1). Tout au plus peut-on admettre, avec certaines autorités, la possibilité d'un gardien judiciaire ou séquestre de certaines valeurs déterminées, à l'effet d'éviter les conséquences, peut-être irréparables, de l'incurie ou de la mauvaise foi du mari (2).

654. Il résulte des explications précédentes que, pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, le mari reste administrateur de la communauté. Quant à la rétroactivité de la dissolution de cette communauté comme conséquence du divorce, — rétroactivité proclamée par l'arti-

(1) Req., 26 mars 1889, S., 90.1.253 : Rapport de M. le conseiller Féraud-Giraud. — Rapp. Paris, 2 mars 1883, S., 86.2.161. note.— Paris, 30 oct. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 585 note, S., 96. 2. 92.

(2) Cpr. Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 497, texte et note 35, p. 197 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 143, note 13, p. 263 ; Laurent, *op. cit.*, III. n. 268 ; Frémont, *Traité du divorce*, n. 814 ; Carpentier, *Du divorce*, p. 230, n. 261 ; Pont, *Petits contrats*, I, p. 253, n. 560 ; Féraud-Giraud : Rapport à l'occasion de l'arrêt de la Cour de cassation., Req., 26 mars 1889, S., 90. 1. 251 s.

cle 252 *in fine* (rédact. de 1886), — elle laisse subsister, au profit des tiers de bonne foi, toutes les obligations et aliénations consenties par le mari. C'est seulement entre les époux que « *le jugement dûment transcrit remonte, quant à ces effets, au jour de la demande.* »

Mais n'est-on pas en droit de conclure de ce texte que, le divorce une fois prononcé, la femme a le droit de faire liquider la communauté comme si elle avait été dissoute dès le début de l'instance, c'est-à-dire comme si les pouvoirs du mari avaient, à cette époque, été restreints à une administration de fait, le rendant comptable et responsable ainsi qu'un administrateur ordinaire ? Et la solution serait la même en cas de séparation de corps, si l'on admet avec la jurisprudence que le jugement qui prononce cette séparation rétroagit entre les époux. Le législateur de 1886 n'a, en effet, rien fait autre chose, à propos du divorce, que de lui appliquer, dans l'article 252 *in fine*, la distinction que la jurisprudence avait formulée pour le jugement de séparation de corps.

Nous nous bornons, pour le moment, à l'énonciation de cette question. Nous la retrouverons plus tard (1).

Nous verrons aussi, en étudiant les effets du jugement de séparation de biens (art, 1445 al. 2), si la séparation de biens principale anéantit rétroactivement, au préjudice des tiers, les actes de disposition consentis par le mari au cours de l'instance. En tout cas, dans cette hypothèse, les tiers ne peuvent pas, comme au cas de divorce ou de séparation de corps, se plaindre de n'avoir pas été avertis dès le début de l'instance par une publicité (art. 866 à 868 C. pr. civ.) (2).

655. On peut enfin se demander, avant de quitter l'étude de la règle posée par l'article 1421, quelle influence peuvent exercer l'interdiction légale ou judiciaire soit du mari, soit de la femme, ou bien la dation d'un conseil judiciaire à l'un ou à l'autre des conjoints, relativement aux pouvoirs d'administration du mari sur les biens communs.

(1) V. *infra*, II, n. 978.
(2) V. *infra*, II, n. 970 s.

Tout d'abord, il importe peu que la femme soit pourvue d'un conseil judiciaire, qu'elle soit même interdite légalement ou judiciairement. Qu'elle soit majeure ou mineure, capable ou incapable, le mari n'en a pas moins les mêmes droits sur les biens de la communauté. Le mari n'a nul besoin du consentement exprès ou tacite de l'épouse, du moins pour les actes de disposition à titre onéreux (1).

Il semble, au contraire, que l'interdiction du mari ne soit pas aussi indifférente. Le tuteur du mari ne saurait, en effet, avoir plus de droits sur les biens de la communauté que ceux qui lui appartiennent sur les biens personnels de l'époux. Dès lors, pour aliéner les uns et les autres, pour les grever d'hypothèque, il lui faudra obtenir une délibération du conseil de famille du mari, délibération homologuée par le tribunal. D'une façon générale, le tuteur, pour les actes concernant les biens communs, devra recourir aux formalités requises à l'occasion des actes de même nature intéressant les biens personnels du mari (2).

656. De même, il faudra se conformer aux règles tracées par la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés (art. 31 s.), si le mari est placé dans un établissement d'aliénés (3).

657. Enfin, lorsque le mari est pourvu d'un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit ou de prodigalité, il ne saurait avoir une capacité plus étendue pour plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier ou en donner décharge, aliéner ou hypothéquer les biens com-

(1) Paris. 13 nov. 1863, S., 64. 2. 193, D., 63. 5. 217. — Limoges, 27 mai 1867, S., 67. 2. 337, D., 67. 2. 77. — Guillouard, *op. cit.*, II, n. 697 ; Mérignhac, *op. cit.* I, n. 1149 et 1148 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1146 à 1149.

(2) Orléans, 9 août 1817, S. chr. — Toullier, *op. cit.*, II, n. 1314 et 1318, XII, n. 308 ; Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, I, p. 311 ; Marcadé, sur l'art. 507 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 866 ; Demolombe, *op. cit.*, VIII, n. 612-614 ; Laurent, *op. cit.*, V, n. 303 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, I, § 126, texte et note 42, p. 520 ; Guillouard, *op. cit.*. II, n. 696.

(3) Amiens, 26 juill. 1877, S., 77. 2. 265. — Aix, 6 juill. 1865, S., 66. 2. 213. — Bordeaux, 18 juill. 1888, S., 89. 2. 61, D., 90. 2. 51. — Req., 2 juin 1886, S., 90 1. 322, D., 87. 1. 133. — Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1055, 1145, 1193 et 1194 — *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1055, 1145, 1193-1194.

muns (art. 490 et 513), que s'il s'agissait de ses biens personnels (1).

B. *Limitations apportées aux pouvoirs du mari par les articles* 1422 *et* 1423.

658. Autrefois, les pouvoirs du mari allaient jusqu'à lui permettre de disposer des biens communs à titre gratuit, tant que les libéralités par lui faites n'étaient pas accomplies en fraude des droits de la femme. L'article 225 de la Coutume de Paris s'exprimait ainsi : « Le mari est seigneur des meubles et conquêts immeubles par lui faits durant et constant le mariage de lui et de sa femme ; il peut en disposer sans le consentement de sa femme par donation ou autre disposition entre vifs à son plaisir et volonté, à personne capable et *sans fraude* (2). »

Aujourd'hui, il n'en est plus de même. Le législateur de 1804 a apporté une restriction notable au principe d'après lequel le mari est seigneur et maître de la communauté, en ne lui permettant les libéralités entre vifs que sous certaines conditions.

Bien différent de l'article 225 de la Coutume de Paris est, en effet, l'article 1422 du code civil, dont nous avons transcrit le texte précédemment (3).

Que le législateur ait sagement agi en restreignant les prérogatives du mari, nul ne le contestera. Peut-être même n'est-il pas allé assez loin dans la voie de la restriction des pouvoirs exorbitants laissés à l'époux comme un dernier vestige du droit de propriété qu'il avait sur les conquêts, à

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 696, 1.

(2) Rapp. Bourjon, *Droit commun de la France*, I, p. 567 s. (éd. 1770). Toutefois quelques coutumes, comme celles d'Anjou, art. 289, du Maine, art. 304, du Loudunois, chap. XXVI, art. 6, du bailliage de Touraine, chap. XXIV, art. 10 (1507) et chap. XXIV, art. 254 (1559) étaient plus restrictives. Elles ne permettaient au mari de disposer entre vifs à titre gratuit des biens de la communauté que pour sa part seulement. — V. égal. sur l'ancien droit, Tissier, *Traité de la société d'acquêts* (édit. de Loynes), n. 149 s., p. 225 s. ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 878 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 684-685.

(3) V. *supra*, I, n. 630.

l'époque où le droit de collaboration de la femme n'était encore qu'un droit de succession.

659. Le code civil, dans les articles **1422** et **1423**, distingue selon qu'il s'agit de dispositions entre vifs ou de libéralités qui ne doivent produire leur effet qu'au décès du mari.

Nous allons, avec la loi, nous préoccuper successivement de chacun de ces deux ordres d'idées.

1° Dispositions à titre gratuit entre vifs.

660. L'article **1422** *semble* se référer au cas d'une disposition entre vifs produisant ses effets actuellement et du vivant même du mari disposant. Répondant à la question de savoir si le mari peut disposer entre vifs à titre gratuit des biens de la communauté, le texte fait des distinctions. Il a eu pour but principal de préciser, dans leur application pratique, les règles de notre ancienne jurisprudence au point de vue qui nous occupe. Dans l'ancien droit, où les donations de biens communs étaient permises au mari à moins qu'elles ne fussent frauduleuses, on décidait qu'il y avait fraude toutes les fois qu'il s'agissait, pour le mari, de s'enrichir ou d'enrichir ses *hoirs* (1). Or, l'application de cette règle générale laissait place à un vaste arbitraire que le législateur a voulu précisément faire disparaître en édictant l'article **1422**.

Ce texte divise en deux classes les libéralités entre vifs selon leur objet.

D'une part, si la donation porte sur un droit immobilier quelconque, elle est interdite au mari si ce n'est pour l'établissement des enfants communs. Et, sous la même restriction, la disposition entre vifs à titre gratuit excède également ses pouvoirs, si elle a pour objet l'universalité ou une quotité de l'universalité du mobilier commun.

D'autre part, au contraire, les donations « d'effets mobiliers » (2) à titre particulier sont permises au mari au profit

(1) Pothier, *Communauté*, n. 481.

(2) Cette expression « effets mobiliers » comprend tout ce que la loi considère comme meubles et par suite les sommes d'argent. V. Paris, 23 nov. 1861, D., 62. 2. 206. — Req., 18 mars 1862, S. 62. 1. 869, D., 62. 1. 885. — Civ. rej., 7 déc. 1898, D. 98. 1. 97 (note Planiol), S., 1900. 1. 129 (note Ferron).

de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit.

Ainsi le législateur de 1804, très imbu de l'idée que la partie stable de la fortune est dans les immeubles, voit d'un œil défiant toute disposition à titre gratuit, apparente ou déguisée, universelle ou à titre particulier, de droits immobiliers : nue propriété, usufruit, emphytéose, — ce droit est classé parmi les droits immobiliers par la loi du 25 juin 1902, — constitution à titre gratuit de servitude, constitution d'hypothèque à titre purement bienveillant, comme cautionnement réel de la dette d'autrui, etc.

Quant à l'actif mobilier de la communauté, il n'est pas protégé avec un soin aussi jaloux contre les libéralités du mari.

Il est inutile d'insister sur le caractère suranné de cette distinction entre les donations de meubles et les donations immobilières (1). Le législateur futur ne devra pas, à notre avis, laisser subsister au profit du mari ce droit d'aliéner à titre gratuit les valeurs mobilières, si ce n'est dans les limites des cadeaux ou présents d'usage ou pour l'établissement des enfants communs. Il ne faut pas, toutefois, se dissimuler que les dons manuels resteront toujours faciles, sinon en droit, du moins en fait, avec l'usage si répandu des valeurs au porteur. Et notre jurisprudence, si indulgente en faveur des donations déguisées, ne facilite-t-elle pas, elle aussi, bien des abus ?

661. Mais que signifie l'article **1422** quand il prohibe, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs, les dispositions entre vifs à titre gratuit, émanées du mari, ayant pour objet l'universalité ou une quotité du mobilier commun ? Le sens de la loi est ici difficile à préciser. En effet, aux termes de l'article 948, les donations de meubles ne sont valables que s'il est annexé à la donation un état contenant une énumération du mobilier donné. Ceci exclut l'idée d'une donation de meubles à titre universel comme possible.

(1) Rapp. Ferron, Note dans S., 1900. 1. 129. Planiol *op. cit.*, III (2e édit.) n° 1024.

Doit-on dire que l'article 1422 entend prohiber tout simplement les donations mobilières lorsque, en fait, elles sont de grande étendue ? Il y a des décisions de jurisprudence en ce sens (1). Mais cette solution nous semble arbitraire et, à notre avis, ne doit pas être admise, sauf à réserver le cas où l'acte en question apparaîtrait comme fait en fraude des droits de la femme ou de ses héritiers. L'acte que nous supposons sera d'ailleurs aisément considéré comme tel. Et même, d'après la tradition, la libéralité, absorbant presque totalement l'actif mobilier de la communauté, était traitée comme frauduleuse (2).

Si l'on veut, d'après nous, rencontrer une application exacte de l'article 1422, il faut entrer dans un autre ordre d'idées. Il est possible, en effet, que des donations entre vifs aient pour objet des universalités de meubles ou une quote-part de ces universalités: c'est quand il s'agit de dispositions par voie d'institution contractuelle (art. 1082 s.). L'article 1422 n'entend-il pas prohiber l'institution contractuelle faite au profit d'un autre qu'un enfant commun ? Il semble que nous empiétions ainsi sur le champ d'application de l'article 1423. Il est en effet, des interprètes (3) qui font rentrer l'institution contractuelle dans les prévisions de cet article. Notre pensée, conforme à celle de la plupart des auteurs (4), est au contraire que l'article 1422 défend en principe au mari l'institution contractuelle, si ce n'est en faveur des enfants communs.

662. D'autre part, les derniers mots de l'article 1422 interdisent au mari, qui peut disposer des effets mobiliers communs à titre gratuit et particulier au profit de toutes personnes, de s'en réserver l'usufruit. Dans cette hypothèse, en

(1) Req., 18 mars 1862, S., 62. 1. 869, D., 62. 1. 885. — Bordeaux, 16 janv. 1878, S., 78. 2. 252, D., 79. 2. 182.

(2) V. *infra*, I, n. 663. — Cpr. Pothier, *Communauté*, n. 480. — V. égal. Guillouard, *op. cit.*, II, n. 718.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 503, texte, p. 330.

(4) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 66 *bis*, II ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 11 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 701 ; Mérignhac. *op. cit*, I, n. 1206 et *Rép. gén.*, Fuzier-Herman. v° *Communauté*, n. 1206; Huc, *op. cit.*, IX ,n. 167. Cpr. Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.) n° 1024.

effet, où le mari continuerait, comme chef de la communauté, à avoir la jouissance des biens donnés, la donation ne lui causerait aucun préjudice. On comprend donc sans peine que la loi ait défendu comme entaché de fraude, un acte de cette nature (1).

Il résulte de là, à notre avis, que les donations de biens à venir ayant pour objet des meubles à titre particulier, par exemple, telle créance appartenant à la communauté, sont implicitement prohibées par la disposition finale de l'article 1422. Peut-on logiquement admettre, en effet, que le législateur ait refusé au mari le pouvoir de disposer de la nue propriété d'une créance par une donation ayant un effet actuel et irrévocable, et qu'il lui ait octroyé celui d'en disposer par une institution contractuelle lui laissant non seulement l'usufruit, mais encore le droit d'aliéner à titre onéreux ? Il nous semble qu'en écrivant la disposition finale de l'article 1422, le législateur a été guidé par la pensée que la règle « *Donner et retenir ne vaut* » n'était pas assez large dans la circonstance. Il a estimé que le meilleur frein à apporter à l'excès des libéralités mobilières consenties par le mari serait de ne les lui permettre que sous cette condition rigoureuse, qu'il se dépouillât actuellement, non seulement *en droit*, mais encore *en fait*, du bien donné, c'est-à-dire qu'il lui fût impossible d'en conserver la jouissance.

La seule objection sérieuse à notre manière de voir se déduirait de la lettre du texte, qui semble ne prévoir la réserve d'usufruit que dans la donation entre vifs de biens présents, et n'interdire au mari que les libéralités mobilières à titre universel de biens à venir. Ne peut-on pas dire que, s'il avait voulu consacrer l'opinion que nous exposons, le texte aurait interdit non pas les libéralités mobilières à titre universel seulement, mais toutes les libéralités mobilières de

(1) V. Pothier, *Communauté*, p. 481. — Puisqu'il y a fraude dans cette hypothèse, la preuve qu'il y a eu réserve d'usufruit peut être faite par tous les moyens possibles, si elle ne résulte pas de l'acte de donation lui-même, en supposant que la réserve d'usufruit ait été stipulée par contre-lettre ou convention verbale. — V. Dijon, 14 juill. 1879, S., 79. 2. 261, D., 80. 2. 124. — Guillouard, *op. cit.*, II, n. 727 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1266 et *Rép. gén.*, Fuzier-Herman, v° *Communauté*, II, n. 1266.

biens à venir, peu importe qu'elles fussent à titre universel ou à titre particulier? Cette objection est sérieuse. Nous ne croyons pas cependant qu'elle puisse tenir devant cette réponse, à savoir que si les libéralités mobilières de biens à venir à titre particulier ne sont pas prohibées par l'alinéa 1er de l'article 1422, elles le sont par le second alinéa de ce texte. Celui-ci est rédigé avec trop peu de précision pour que nous devions tenir comme décisifs les arguments purement littéraux qui produiraient une certaine incohérence dans les solutions consacrées par la loi. Le mari qui, par une institution contractuelle, dispose d'un meuble commun, ne s'en réserve-t-il pas la jouissance ? Ceux auxquels notre opinion semblerait téméraire voudront bien nous pardonner ; il est aisé d'errer sur une question qui ne nous paraît pas encore avoir été soulevée.

663. C'est en se basant également sur le peu de précision de l'article 1422, que des interprètes ont soutenu que les donations, même si elles rentrent dans les termes des dispositions prévues par l'article 1422 *in fine*, dispositions permises au mari s'il n'y a pas à son profit de réserve d'usufruit, ne sauraient aller cependant jusqu'à être excessives eu égard aux forces de la communauté, et absorber tout ou la plus grande partie de l'actif commun (1). La jurisprudence consacre volontiers cette solution (2). On peut se demander, toutefois, s'il n'y a pas là une limitation un peu arbitraire des pouvoirs du mari. Ne vaut-il pas mieux s'en tenir à l'idée que l'acte de disposition à titre particulier d'effets mobiliers communs, quand le mari ne se réserve pas l'usufruit des biens donnés, ne peut être atteint que s'il y a eu fraude aux droits de la femme ou de ses héritiers. On peut observer seulement

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 886 ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 887 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 718-719 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1258 s., et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1258 s. Planiol *op. cit.* III, (2e édit.) n. 1024.

(2) Rouen, 25 janv. 1860, S., 61. 2. 201, D., 61. 5. 86. — Toulouse, 22 juill. 1865, S., 66. 2. 128, D., 65. 2. 162. — Bordeaux, 16 janvier 1878, S., 78. 2. 252, D., 79. 2. 182. — Agen, 11 fév. 1896, S., 99. 2. 73 (note Wahl) D., 97. 2.513 (note de Loynes). — J. Auxerre 27 fév. 1901, *G. Pal.* 1901.1.646. — Dijon, 11 mai 1903. *G. Pal.* 1903. 2 487.

que cette fraude sera facilement accueillie dans les hypothèses du genre de celles que nous venons d'indiquer (1).

664. Quoi qu'il en soit, en supposant que le mari fasse une donation entre vifs d'effets mobiliers communs à titre particulier, il ne saurait se réserver l'usufruit des objets donnés. Cette réserve d'un usufruit, qui tomberait forcément en communauté si le mari pouvait la stipuler, est prohibée tout aussi bien lorsqu'il l'a faite sur sa tête, que lorsqu'il l'a faite sur sa tête et sur celle de sa femme. Dans les deux cas, le motif est identique, à savoir que le mari ne saurait disposer valablement des meubles communs que s'il se dépouille actuellement, comme chef de la communauté, de la jouissance des valeurs par lui données (2).

665. On peut imaginer, aussi, que le mari dispose en même temps de la nue propriété au profit d'un donataire et de l'usufruit au profit d'un autre. En une pareille occurrence, dès qu'elle n'a pour objet que des meubles communs à titre particulier, le mari fait une libéralité qui ne lui est pas défendue.

666. Mais l'époux, qui ne pourrait pas réserver dans son intérêt l'usufruit du bien meuble qu'il aliène à titre gratuit, ne pourrait-il pas, au contraire, en gratifier sa femme ? Il semble que cela soit fort douteux, car les donations entre époux sont essentiellement révocables (art. 1096). Dès lors, si le mari révoquait la donation d'usufruit faite ainsi à la femme, ne serait-ce pas comme s'il n'avait disposé dès l'abord que de la nue propriété du bien en s'en réservant l'usufruit comme chef de la communauté ? Et puis, le vœu du législateur, exprimé dans l'article 1422 *in fine*, se verrait-il satisfait, étant donné que, par cette donation d'usufruit, la communauté en recueillerait tout le bénéfice tant qu'elle durerait ?

(1) V. ci-dessus, n. 661. — Cpr. Pothier, ***Communauté***, n. 480. — V. également Toullier, *op. cit.*, XII, n. 311; Marcadé, sur l'art. 1422, n. 4; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 509, texte et note 9, p. 327; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 18 et 43; Huc, *op. cit.*, IX, n. 167 s. — J. Langres, 19 déc. 1878, sous Dijon, 14 juill. 1879, S., 79. 2. 261, D., 80. 2. 124.

(2) J. Cambrai, 24 mai 1867 et Douai, 28 déc. 1867, S., 68. 2 13. — V. *supra*, I, n. 613.

Cependant l'affirmative nous paraît seule exacte. En effet, nous démontrerons bientôt que le mari peut faire, avec le concours de l'épouse, des donations avec réserve d'usufruit (1).

Or, une donation dans laquelle la femme est donataire de l'usufruit n'est parfaite qu'à la condition d'être acceptée par elle. Cette intervention de la femme valide la donation de la nue propriété, si elle l'a expressément consentie.

667. Connaissant désormais la portée de la prohibition édictée par l'article **1422** relativement aux dispositions à titre gratuit de la part du mari sur les biens communs, il nous faut nous rendre compte du tempérament qui y est apporté par le texte. Le mari a, en effet, une liberté entière pour faire des donations d'immeubles conquêts, de l'universalité des meubles, d'une quote-part de cette universalité ou d'effets mobiliers communs à titre particulier même avec réserve d'usufruit, lorsqu'il dispose de la sorte pour l'établissement des enfants communs (2).

Il va sans dire que le mot *établissement* dans l'article **1422** ne doit pas être restreint à l'établissement par mariage. Il a, dans cet article **1422**, un sens aussi étendu que dans l'article **204** (3).

(1) V. *infra*, I, n. 674.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 882 ; Marcadé, sur l'art. 1422, n. 3 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 642, note 9, p. 90 ; Laurent, *op. cit.* XXII, n. 14; Aubry et Rau, *op. cit*, V. § 509, p. 328 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 713; Planiol *op. cit.* III (2e édit.) n° 1031. — Req., 2 janv. 1844, S, 44. 1. 9. — Dans cet arrêt, il est décidé que le mari peut disposer entre vifs à titre gratuit de toute la communauté *in universum*, en faveur des enfants communs et pour leur établissement. Son droit à cet égard n'est pas restreint à donner seulement soit des objets individuels, soit une quotité déterminée. — Troplong (*op. cit.* II, n. 901, 902) a proposé, toutefois, de refuser au mari le droit de disposer de toute la communauté au profit des enfants communs pour leur établissement, si la femme est sans fortune personnelle. Mais cette solution doit être répudiée sans hésitation ; c'est créer la loi, ce n'est pas l'interpréter. — V. Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1237 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1237.

(3) Req. 10 fév. 1896, S. 1900. 1.511.— Troplong, *op. cit.*, II, n. 896 et 897; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 882 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 509, note 7, p. 327 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 13 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 712 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1234 et *Rép. gén.*, Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1234.

Quant à la formule *enfant commun*, elle n'exclut nullement les petits-enfants ou descendants du second degré, alors même que le petit-enfant qu'il s'agit d'établir aurait encore ses père et mère (1). Troplong (2), Massé et Vergé (3) ont seuls soutenu qu'il ne fallait permettre au chef de la communauté d'établir les petits-enfants que lorsque l'enfant commun, dont ils sont issus, est décédé. Cette solution n'a pas rencontré d'adhérents. En somme, la pensée du législateur de 1804, en restreignant pour la première fois le droit de disposition à titre gratuit du mari, est d'avoir voulu laisser subsister à son profit le droit de faire seul les libéralités qui sont une des charges de la communauté, et ont trait à l'établissement de la descendance issue du commun mariage.

668. Cette donation de biens communs, ainsi faite par le mari seul, aura des effets remarquables en cas d'acceptation de la communauté par la femme (art. 1430). Celle-ci sera, en effet, réputée donatrice pour moitié. La moitié de la libéralité sera donc rapportable à la succession de l'épouse et imputable sur sa quotité disponible. La femme seule, pourra dispenser le gratifié du rapport (4).

669. Mais le droit, pour le mari, de disposer à sa guise des biens meubles ou immeubles de la communauté pour l'établissement des enfants, est-il limité aux enfants ou descendants issus du commun mariage ? L'article 1422, consulté, paraît bien répondre oui, de la manière la plus claire, puisque, dans ses termes, il spécifie l'*établissement des enfants communs*.

On a cependant essayé de supprimer ingénieusement la limite si nettement tracée par l'article 1422, en lui opposant l'article 1469. Cet article, dit-on, suppose que l'un des époux

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 110 et II, n. 882 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 711 *bis* ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1232 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v. *Communauté*, n. 1232.

(2) Troplong, *op. cit.*, II, n. 899.

(3) Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 642, note 9, p. 90.

(4) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 503, texte et note 12, p. 328 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 715. — Douai, 26 janv. 1861, S., 61. 2. 372, D., 61. 2. 235.

a pu disposer de conquêts pour doter un enfant d'un autre lit.

Mais il serait bien étrange que le législateur se fût aussi formellement contredit dans deux textes voisins l'un de l'autre. Ajoutons que si l'antinomie existait réellement, c'est le texte de principe qui devrait l'emporter. Or, c'est l'article 1422, déterminant l'étendue des pouvoirs du mari en cas de libéralités entre vifs, qui est le texte fondamental. Quant à l'article 1469, il ne traite que d'une question de récompense. Les deux dispositions se concilient d'ailleurs fort bien. L'article 1469 ne suppose nullement, en effet, que le mari ait doté son enfant d'un autre lit avec un immeuble de communauté, ou qu'il l'ait ainsi doté sans le concours de la femme (1).

670. Il nous reste à déterminer la sanction des restrictions apportées par l'article 1422 au pouvoir, chez le mari, de disposer entre vifs à titre gratuit des biens communs. Il nous faut, en outre, examiner si le concours de la femme à l'acte de libéralité ne fait pas disparaître ces restrictions.

671. Supposons donc que le mari ait fait une donation en dehors des limites tracées par l'article 1422 : que va-t-il advenir ? Prenons un exemple très simple. Le mari a donné un immeuble de communauté ; peut-il demander la nullité de cette donation? L'affirmative a été soutenue par M. Colmet de Santerre (2). La communauté y a intérêt. De plus, dit-on, le mari a qualité, comme chef de la communauté, pour attaquer les actes qu'il a faits en dehors de ses pouvoirs, tout comme un tuteur pourrait, au nom de son pupille, attaquer les actes par lui passés irrégulièrement. On peut remarquer que cette manière de voir devrait être acceptée, si l'on admettait l'idée de la personnalité morale de la communauté. On devrait décider logiquement que le mari pourrait demander la nullité de la donation toutes les fois qu'elle aurait excédé les

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 888 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 32 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 714. Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n. 1032. — Civ. cass., 14 août 1855, S., 55. 1. 776, D., 55. 1. 373. — Nancy, 17 mai 1861, S., 61. 2. 473.

(2) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 66 *bis*, X.

pouvoirs que la loi lui donne en qualité d'administrateur du patrimoine de la personne morale, la communauté. Mais nous n'admettons pas cette personnalité civile de la communauté (1). Nous disons par suite, avec la plupart des interprètes, que le mari ayant fait une donation en dehors des limites fixées par l'article 1422, l'acte accompli par lui ne lie pas la femme, et n'est pas opposable à celle-ci : voilà tout. Quant au mari, on ne concevrait pas qu'il pût intenter l'action en nullité tant que dure la communauté. En effet, le tiers donataire serait en droit de lui répondre d'attendre, puisque la femme peut renoncer à cette communauté. Il serait alors démontré que la donation a été faite par le vrai propriétaire, le mari ayant en totalité la propriété du bien donné (2).

Que va-t-il donc se passer? La libéralité n'étant nulle que dans l'intérêt de la femme, celle-ci pourra seule se prévaloir de la nullité. Et comme les actions de l'épouse relatives aux biens communs sommeillent tant que dure la communauté, il en résulte que c'est seulement après la dissolution qu'elle pourra élever la voix (3). Encore faut-il pour cela que la femme accepte la communauté. En effet, si l'épouse renonce, les biens de cette communauté sont considérés comme ayant toujours été la propriété exclusive du mari (arg. art. 1492, 1476 et 883). Par suite, la donation ne peut plus être critiquée.

Mais, voici la communauté dissoute et acceptée par la

(1) V. *supra*, I, n. 249 s.

(2) V. Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 879 et 889 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 706 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 26 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 509, texte et note 13 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 66 *bis*, VII, s. ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 172. Planiol, *op. cit.*, III, 2e éd., n. 1027, s. — Faut-il considérer comme contraire un arrêt rendu par la Cour de Caen le 18 février 1850 (S., 50. 2. 508)? Cet arrêt a jugé que la femme a qualité et intérêt pour agir sans avoir besoin de recourir à la séparation de biens, afin de faire déclarer nulle à son égard une donation, par elle consentie avec autorisation régulière, de ses droits indivis dans des conquêts de communauté. La Cour de Caen serait-elle allée jusqu'à décider que la donation par le mari seul pourrait être au cours de la communauté, annulée, du moins quant à la nue propriété ? Il est permis d'en douter. En tout cas, cet arrêt ne paraît pas avoir fait jurisprudence.

(3) V. cep. l'arrêt de la Cour de Caen du 18 fév. 1850, cité à la note précédente, S., 50. 2. 508.

femme ou ses héritiers : le donataire, d'après nous, peut refuser de se dessaisir du bien donné par le mari (1). « Comprenez-le dans la masse partageable, dira-t-il aux époux. Procédez aux rapports et prélèvements. Formez des lots. Si le bien qui m'a été donné échoit au mari, de quel droit celui-ci viendrait-il m'en dépouiller ? Quant à la femme, elle ne saurait m'adresser de réclamation que si le bien lui est attribué par le partage. » En somme, dans l'exemple que nous avons pris, l'épouse acceptant la communauté aura le droit de demander que l'immeuble donné soit compté dans la masse à partager. La donation faite par le mari vaudra ou ne vaudra pas, selon que cet immeuble sera mis ou non au lot de l'époux donateur ou prélevé par lui en paiement de ses reprises. La donation n'est donc pas nulle d'une façon certaine *ab initio*. Tout dépend des événements. Le donataire ne sera évincé que si le bien donné échoit à la femme à titre de prélèvement ou de lotissement, et dans la mesure seulement dans laquelle ledit bien est ainsi acquis à l'épouse ou à ses héritiers (2).

Jusque-là, toute action dirigée contre le donataire est prématurée, peu importe qu'on la qualifie action en nullité, action en rapport, action en revendication (3).

(1) M. Guillouard (*op. cit.*, II, n. 706, 707) semble admettre une action *réelle révocatoire* avant partage et pour la totalité du bien donné, quel que soit l'événement de ce partage ; mais, précédement (n. 705), ne subordonne-t-il pas, comme nous, l'action en nullité à cette circonstance, que le bien tombera au lot de la femme, puisque, dit-il, « si l'immeuble tombe au lot du mari ou de ses héritiers, la donation sera valable et produira effet » ?

(2) V. et cpr. Toullier, *op. cit.*, XII, n. 314 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 839 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 66 *bis*, VII, VIII ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 27 s. ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 637 ; Aubry et Rau, *op. cit*, N. § 509, texte et note 13 s., p. 328 s. ; Guillouard, *op. cit.*, II. n. 705 s. ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1241 s., et *Rép. gén.*, Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1241 s. ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 172 ; Planiol, *op. cit.*, III (2e éd.), n. 1027 à 1030. — Civ. cass., 14 août 1855, S., 55. 1. 776, D., 55. 1, 313. — Nancy, 17 mai 1861, S., 61. 2. 473. — Cpr. Poitiers, 16 fév. 1885, S., 87. 2. 67, D., 86. 2. 38. Cet arrêt a admis pendant la communauté la femme autorisée de la justice à agir en révocation, pour cause d'ingratitude, de la donation de sa part indivise dans les conquêts de communauté, donation faite le lendemain de celle par laquelle le mari avait, de son côté, consenti une donation de tous ses droits indivis dans les mêmes biens.

(3) D'après un arrêt de la Cour de Besançon du 25 juin 1866, S., 66. 2. 52, l'action en nullité de la donation durerait dix ans. Selon nous, il faudrait

Il est bon, d'ailleurs, de faire remarquer que les époux devront opérer les prélèvements dans l'ordre tracé par l'article 1471, et procéder au tirage au sort des lots ; sinon le tiers donataire aurait, à notre avis, le droit de se plaindre. Le mieux sera de l'inviter à assister aux opérations du partage. Il nous semble même qu'il aurait la faculté, conformément à l'article 882, d'intervenir à ce partage, pour s'assurer qu'il est fait sans fraude à ses droits.

Signalons, en terminant, un point de vue qui semble avoir été négligé. Dans l'opinion qui prévaut et à laquelle nous venons d'adhérer, la donation d'immeubles conquêts recevra d'ordinaire une exécution provisoire, sans pouvoir être contestée pendant le mariage. Le donataire jouira du bien donné comme s'il en était régulièrement gratifié, du moins quant à la jouissance. Le mari n'aura le droit ni de conserver, ni de reprendre, au nom de la communauté, tant qu'elle dure, la jouissance du bien qu'il a donné en pleine propriété. Bien plus, une fois la communauté dissoute, le donataire n'est soumis à aucune restitution de fruits, quand bien même l'immeuble étant tombé au lot de l'épouse, la donation faite au profit dudit donataire serait non avenue. De ces principes, résultera ce phénomène quelque peu singulier, à savoir que la donation de l'usufruit d'un conquêt faite par le mari seul, recevra en fait son exécution pendant la communauté, malgré la contradiction apparente de l'article 1422. Cette exécution sera complète, si l'usufruitier décède avant la dissolution de la communauté (1).

672. En supposant que le bien donné par le mari soit mis au lot de la femme, et que le donataire soit évincé, ce tiers acquéreur aura-t-il droit à la garantie vis-à-vis du mari ?

appliquer plutôt une prescription trentenaire, dont le point de départ serait la dissolution de la communauté, l'acceptation de la femme et le partage pouvant être retardés au gré des époux et rétroagissant au jour de la dissolution. — Les solutions ainsi données ne concernent que l'action en nullité fondée sur l'art. 1422. Elles sont étrangères aux actions en nullité basées sur l'erreur, la violence, le dol, l'incapacité pour cause de défaut d'autorisation, etc. Ainsi l'arrêt de la Cour de Poitiers cité à la note précédente admet la femme, durant la communauté, à exercer l'action en révocation de la donation pour ingratitude du donataire.

(1) Cpr. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations*, I, n. 1436.

Pourra-t-il demander au mari ou à ses héritiers, comme le pourrait, d'après l'article 1423, le légataire d'un bien de communauté, l'équivalent pécuniaire de la libéralité? Oui, répondent beaucoup d'interprètes (1). Non, à notre avis. Nous pensons qu'il faut tout simplement appliquer les principes du droit commun à ce sujet. Or, il est de règle que ce n'est que par exception, lorsqu'il y a eu promesse expresse, ou quand elle est intervenue à titre de constitution de dot, que la donation donne naissance à une obligation de garantie au profit du donataire (2). Quant à l'indemnité, elle est alors réglée d'après les principes de la garantie, et non d'après la disposition de l'article 1423. Ajoutons que la communauté ne sera pas grevée de cette obligation de garantie contractée en violation de la loi et en fraude des droits de la femme (3).

673. En tout cas, il n'est pas douteux que les conjoints ou leurs héritiers peuvent, après la dissolution et l'acceptation de la communauté, s'entendre pour respecter la donation faite sans droit par le mari (Cpr. art. 1339 et 1340).

La femme pourra, ou bien renoncer purement et simplement à faire annuler la donation et consentir à être considérée comme donatrice pour moitié, ou bien se faire indemniser par voie de rapport à la masse. Il lui sera loisible de se faire indemniser, soit en imputant les biens donnés sur les prélèvements ou sur le lot du mari dans un partage d'attribution, soit au moyen d'une récompense due par le mari à la masse.

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 708; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 839; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et note 16, p. 330. — Cpr. Troplong, *op. cit.*, II, n. 891 ; Planiol *op. cit.*, III (2e édit.) n. 1030. — Nancy, 17 mai 1861, S. 61. 2. 473. — D'après cet arrêt, le mari ou ses héritiers sont tenus d'indemniser le donataire de l'immeuble commun pour la totalité de la valeur du bien donné. Il convient d'en rapprocher un arrêt de la Cour d'Agen, du 11 février 1896, *France judiciaire*, 96. 2. 107 ; D., 97. 2. 513 (note de Loynes) ; S. 99. 2. 73 (note Wahl). — Dans cette décision, la Cour d'Agen démontre longuement que la donation du bien commun, nulle à l'égard de la femme, est valable vis-à-vis des héritiers du mari, que, au cas où le bien donné entre au lot de la femme, l'art. 1423 doit être étendu aux donations, et que, par suite, l'épouse *légataire universelle* du mari ne peut pas faire annuler la donation puisque, sans être tenue d'une véritable garantie, elle devrait cependant indemniser le donataire.

(2) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 66 *bis*, VIII ; Vigié, *op. cit.*, III, n. 196 ; Huc, *op cit.*, IX, n. 172.

(3) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 708. — V. égal. *supra*, I, n. 569,

674. Mais la femme ne pourrait-elle pas, soit renoncer, au cours de la communauté, à son droit de faire annuler la donation émanée du mari seul, soit concourir à la donation qui excède les pouvoirs du mari et la rendre valable *ab initio* (1) ?

La question a été vivement controversée surtout vers le milieu du XIXe siècle.

Toutefois la jurisprudence, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 5 février 1850 (2), est fixée dans le sens de la validité de toute donation d'immeubles conquêts faite conjointement par le mari et la femme. La doctrine contraire, qui avait été soutenue par Marcadé (3), Massé et Vergé (4), Odier (5), Rodière et Pont (6), compte également parmi ses

(1) Il va sans dire que la seule présence de la femme, *honoris causâ*, à une constitution de dot faite par le mari n'engage pas cette femme (arg. de l'art. 1544, al. 2). V. Guillouard, *op. cit.*, II, n. 704 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 642, note 11, p. 91. — Civ. cass., 14 août 1855. S., 55. 1. 776, D., 55. 1. 373. — Nancy, 17 mai 1861, S. 61. 2. 473.

(2) Req., 5 fév., 1850, S., 50. 1. 337, D., 50. 1. 97. — Req., 29 avril 1851, S., 51. 1. 329, D., 52. 1. 294. — Req. 31 juill. 1867, S., 68. 1. 36, D., 68. 1. 209. — Civ., cass, 23 juin 1869, S., 69. 1. 358, D., 70, 1. 5. — Req. 10 fév. 1896. S. 1900. 1. 511. — Riom, 5 janv. 1844, S., 44. 2. 385. — Amiens, 15 fév. 1849. S., 49. 2. 174, D., 49. 2. 133. — Poitiers, 10 juin 1851, S., 51. 1, 609, D., 53. 2. 12. — Paris, 23 nov. 1861, D., 62. 2. 206. — Toulouse, 24 mars 1866, S., 67. 2. 9. D., 66. 2. 73. — Caen, 26 janv. 1888, S., 89. 2. 171, D., 88. 2. 299. Nancy 14 mars 1903. *Gaz. Pal.*, 1903. 1, 750 ; D. 1903. 2. 331. — V. cep. Caen, 3 mars 1843 et une dissertation de Georges Delisle, S., 44. 2. 386. — Bourges, 10 août 1840, S., 41. 2. 357. — Dans le même sens que la jurisprudence, voir Delvincourt, *op. cit.*, III (éd. de 1834), *Notes et explications*, p. 34 (note 1 sur la p. 20) ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 272 ; Bellot des Minières, *Rég. dot. et com. d'acquêts*, II, n. 1280 ; Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° *Comm.*, n. 206 ; Glandaz, *Encycl.*, v° *Comm. conj.*, n. 206 ; Taulier, *op. cit.*, V. p. 88 ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 203, 206 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et note 14, p. 328, 329 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 66 *bis*, XIII ; Demolombe, *Rev. crit.*, I, p. 142 et *op. cit.*, XXIII, n. 83 ; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 303 *bis* ; de Loynes dans ses *Notes* sur Tessier (Tessier, *Société d'acquêts*, édit. de Loynes), p. 236 ; Guillouard, *op. cit*, II, n. 702, 703 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1208 s., et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1208 s. ; Vigié, III, n. 197 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 170 s. Planiol, *op. cit.*, §III (2e édit.), n. 1040.

(3) Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1422, n. 2.

(4) Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 642, note 11, p. 91.

(5) Odier, *op. cit.*, I, n. 225.

(6) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 879.

adhérents deux auteurs belges, Arntz (1) et Laurent (2).

Nous croyons que la vérité prévaut en jurisprudence, malgré la vigueur avec laquelle a été soutenue la thèse opposée.

On a objecté que la volonté de la femme était aussi inefficace pour valider les donations interdites au mari que pour l'empêcher de les faire. A lui seul appartient l'administration. La femme est condamnée au rôle de spectatrice jusqu'à la dissolution de la communauté, qu'elle peut provoquer par anticipation s'il existe des causes de séparation de biens.

Marcadé nous place en présence de ce dilemme. Comment qualifier l'intervention de la femme ? D'une part, on ne peut pas y voir une autorisation donnée par l'épouse au mari afin de le relever d'une incapacité, ce qui serait le plus étrange renversement des rôles des conjoints. D'autre part, ajoute-t-il, on ne peut pas dire que la femme intervienne pour donner une moitié de l'objet, l'autre moitié étant donnée par le mari, puisque la femme n'a aucun droit de disposition actuel sur les biens communs. Ce que le mari, chef de la communauté, ne peut pas faire seul est impossible à faire. Soutenir le contraire, c'est aller contre le but de l'article 1422, en rendant ainsi illusoire la protection que ce texte est destiné à assurer à la femme.

Cette argumentation peut être fortifiée par le rapprochement de l'examen de deux décisions judiciaires, rendues en sens inverse dans la même affaire; l'une par le tribunal civil de Lille, l'autre par la Cour d'appel de Douai (3). On est, en effet, porté à considérer que, dans une donation conjointe, le mari et la femme font chacun donation de leur moitié indivise dans l'objet donné. Or, une telle donation d'une moitié indivise dans un conquêt de communauté, faite isolément soit par le mari, soit surtout par la femme, n'est-elle pas nulle ? C'est à cette solution qu'a abouti le

(1) Arntz, *op. cit.*, III, n. 638.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 21.

(3) J. Lille, 24 mars 1855 (motifs) et Douai, 29 août 1855, S., 55. 2. 739, D., 56. 2. 39. — V. également Douai, 28 déc. 1867, S., 68. 2. 13. — Rapp. Poitiers, 16 fév. 1885 (motifs) S., 87. 2. 67, D., 86. 2. 38. — Caen, 3 mars 1843, S., 44. 2. 386.

débat soulevé devant le tribunal civil de Lille et devant la Cour de Douai, à l'occasion d'une donation de sa moitié indivise dans les conquêts, donation faite, au cours de la communauté, par la femme autorisée de son mari. Faut-il approuver cette solution ?

Le tribunal civil de Lille avait validé la donation (1). Il avait abouti, en somme, à cette conclusion que les biens donnés, se trouvant appartenir pour moitié à la femme, étaient devenus instantanément, dans cette mesure, la chose du donataire, et, étant désormais indépendants du fait éventuel d'une renonciation de l'épouse à la communauté, avaient cessé, par suite, de dépendre de cette communauté.

Quant à la Cour de Douai, elle écarte d'abord, à bon droit, comme sans valeur, l'exception de garantie opposée à la donatrice, étant donné qu'il ne s'agissait pas d une constitution de dot, que la garantie du fait personnel n'est opposable au donateur que si la donation est valable, et qu'elle ne peut pas empêcher l'exercice des actions en nullité, ou transformer, contre le gré du donateur, en donation d'une somme d'argent équivalente, la libéralité nulle en tant qu'elle porte sur ses droits dans un bien de communauté. Puis, après avoir émis un motif contestable, — reposant sur cette affirmation que le droit de la femme dans la communauté est éventuel, — la Cour met à néant le jugement du tribunal civil de Lille. Elle annule la donation faite par la femme autorisée du mari et ayant pour objet la moitié indivise dans les conquêts de la communauté. La Cour de Douai base surtout son arrêt sur ce motif, à savoir que la faculté inaliénable de renoncer à la communauté soumet la donation consentie par la femme dans les termes par nous supposés, à une condition potestative de la part de la donatrice, ce qui, d'après l'article 944, rend cette donation nulle, à moins qu'elle ne soit faite en faveur d'un mariage et par contrat de mariage (art. 1086). Ce dernier argument nous paraît, en effet, irréfutable.

En résumé, la femme, qui peut disposer par testament d'une partie ou de la totalité de ses droits dans la commu-

(1) Rapp. Poitiers, 16 fév. 1885 (motifs), S., 87. 2. 67, D., 86. 2. 38.

nauté, a aussi la faculté d'en faire l'objet de libéralités dans les termes des articles 1082 à 1086. Mais, par une donation entre vifs ordinaire, elle ne pourrait pas même disposer de ses droits indivis dans un immeuble conquêt. Si une telle libéralité peut être considérée comme ayant un effet actuel, en ce sens que la femme a durant la communauté un droit conditionnel subordonné à son option, elle n'aura pas l'irrévocabilité exigée par les articles 944 et suivants (1). Ajoutons que chaque époux n'est pas copropriétaire pour moitié de chacun des biens communs considéré à titre particulier. Son droit de copropriété plane sur l'ensemble de la masse commune. Les prélèvements et le partage ne viendront que plus tard l'asseoir rétroactivement sur des biens déterminés et le transformer en propriété exclusive.

Le droit de disposer des immeubles conquêts à titre gratuit et entre vifs est-il aussi rigoureusement restreint à l'égard du mari qu'envers l'épouse ?

Nous nous sommes déjà expliqués sur l'un des aspects de ce problème. Envisageant l'hypothèse de la donation entre vifs d'un immeuble commun faite par le mari seul, nous avons constaté que cette libéralité ne pourrait être attaquée durant la communauté ni par le mari, ni par la femme. Elle suivra le sort des droits du mari qui ne seront eux-mêmes fixés qu'une fois la communauté dissoute. Elle vaudra pour le tout si la femme ou ses héritiers renoncent à la communauté. En cas d'acceptation, il faudra attendre le résultat de la liquidation, du paiement des reprises et du partage. Compris dans les prélèvements ou le lot du mari, l'immeuble par lui donné continue d'appartenir au donataire (2).

En sens inverse, il nous paraît certain que le mari ne peut pas plus que la femme disposer à titre gratuit ou à titre onéreux de son droit sur l'ensemble du fonds commun. Un tel

(1) L'épouse, dûment autorisée pourrait-elle abandonner à titre de dation en paiement des droits indivis dans un conquêt, par exemple, jusqu'à due concurrence de la valeur estimative qui leur serait attribuée par experts après la dissolution de la communauté ? Sur cette question, plus théorique que pratique, ne serait-on pas fondé à soutenir l'affirmative, en faisant remarquer que la condition purement potestative, seule, vicie les contrats à titre onéreux (art. 1170) ?

(2) V. *supra*, I, n. 671.

acte ne leur est possible ni conjointement ni séparément. Les époux sont deux associés qui ne peuvent pas se substituer d'autres associés. Il ne saurait être d'une société conjugale comme d'une société civile ordinaire où domine toujours l'intérêt pécuniaire (art. 1832), alors même que la considération des personnes apporte plus ou moins d'entraves au droit de disposition de chaque part ou intérêt.

Le droit indivis ou droit de copropriété de chacun des époux sur l'ensemble de la communauté est un droit inhérent à la personne des conjoints, un droit incessible jusqu'à la dissolution de cette communauté. Le fonds commun entre époux a été constitué en vue de subvenir aux charges du ménage. Il ne saurait être détourné de ce but par une convention qui porterait une grave atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

La question devient, au contraire, fort délicate spécialement lorsque le mari a disposé à titre gratuit de ses droits indivis dans un immeuble de la communauté. Le donataire du droit indivis de l'un des époux sur un conquêt ne pourra certainement pas demander le partage définitif ou la licitation de ce bien avant la dissolution de la communauté.

Va-t-il pouvoir demander au moins un partage provisionnel ou de jouissance ? Ceux qui considèrent que l'époux, voulant faire une donation de sa part dans un immeuble conquêt dispose nécessairement d'une moitié indivise dans ledit immeuble dont il est copropriétaire, semblent condamnés à répondre par l'affirmative. Mais cette théorie nous paraît inexacte. Dans l'intention des disposants, les donations de ce genre portent d'ordinaire sur les droits actuellement conditionnels, qu'ils pourront avoir après la dissolution de la communauté, sur les biens donnés. Or, la quotité de ces droits et même leur existence dépendent non seulement de l'effet rétroactif du partage, mais encore et avant tout de l'option de l'épouse. Quelle serait dès lors la quotité du droit indivis invoqué par le donataire pour obtenir un partage provisionnel (1) ?

(1) Cpr. Paul Pont, *Sociétés civiles et commerciales*, n. 587 s. — V. égal, et cpr. Poitiers, 16 fév. 1885, S., 87.2. 67, D., 86. 2. 38.

Mais alors, si nous sommes conduits à proclamer que la donation de ses droits indivis dans un conquêt faite par le mari seul se heurte à l'article 1422, que sa validité subordonnée à certains événements ultérieurs, demeure incertaine jusqu'à la liquidation et au partage de la communauté ; si, d'autre part, consentie par l'épouse, une semblable donation de biens indivis est d'ores et déjà, — en dehors des cas exceptés par l'article 1086, — certainement nulle comme subordonnée à une condition potestative de la part de la donatrice, n'en faut-il pas naturellement conclure que les donations que chacun des deux époux ne peut pas faire séparément de manière à avoir la certitude qu'elles seront valables quoi qu'il arrive, seront exposées aux mêmes éventualités ou même nulles si les deux conjoints se réunissent pour les faire ensemble par un seul et même acte? Eh bien! non. Avec la jurisprudence, nous considérons toute donation d'immeubles conquêts faite conjointement par les deux époux comme valable, d'abord quand elle est faite en faveur du mariage et dans le contrat de mariage du gratifié. En outre, elle ne nous paraît pas moins valable comme donation entre vifs proprement dite de biens présents, faite dans les formes du droit commun (art. 931).

Voici, d'ailleurs, comment s'exprime la Cour de cassation dans l'arrêt du 5 février 1850 (1), qui a servi de point de départ à la jurisprudence actuelle : « Attendu qu'aux termes de l'article 1421 le mari administre seul les biens de la communauté ; qu'il peut les vendre, aliéner, hypothéquer sans le concours de la femme ; que si, d'après l'article 1422, il ne peut disposer à titre gratuit des immeubles, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, il résulte du rapprochement même de ces textes que la prohibition contenue dans le dernier ne s'applique qu'à la donation faite par le mari seul et sans le concours de sa femme ; que cette prohibition créée dans l'intérêt de celle-ci n'est pas absolue ; que la femme peut en abdiquer le bénéfice et qu'en jugeant dans l'espèce que son concours à la donation du mari avait suffi

(1) Req., 5 fév. 1850, S., 50. 1. 337. D. 50.1.97.

pour assurer la validité de cette donation, la cour d'Amiens n'a violé aucune loi. Attendu... que si les restrictions apportées au pouvoir du mari dans l'intérêt de la femme sont purement relatives, les prohibitions faites à celle-ci dans l'intérêt du mari ne sauraient avoir un autre caractère, sans préjudice toutefois des droits auxquels toute dérogation est interdite par les articles 1388 et 1389;... que si ces droits (les droits des époux sur la communauté) sont inégaux comme les facultés qui en découlent, il n'en est pas moins certain *que le mari et la femme représentent seuls la communauté ; qu'elle se résume en eux seuls;* que relativement à elle leurs capacités peuvent bien se limiter respectivement, mais que rien en dehors de leurs intérêts ou de leur volonté ne fait obstacle à ce que, d'un commun accord, ils usent *de la manière la plus absolue des biens qui sont leur propriété collective*; que, sans doute, le mari est le seul chef de la communauté et ne saurait abdiquer ce titre..., mais que rien ne s'oppose à ce qu'en vertu même de son droit souverain il autorise sa femme dans la mesure de ses besoins à disposer sauf récompense des biens communs ; attendu que sous le régime de la communauté, bien différent en ce point du régime dotal, la femme conserve, sauf l'autorisation maritale, *toute sa capacité de contracter...* ; que la femme peut également, avec le concours de son mari, puiser dans le fonds commun, même dans une pensée de libéralité et sous la seule condition de payer à la communauté une récompense égale au profit personnel qu'elle en a retiré... »

La partie essentielle de cette argumentation nous paraît décisive. On nous pardonnera, toutefois, de faire quelques réserves sur une incorrection de langage. Il ne saurait être question d'une incapacité juridique du mari. Il nous semble que ce sont les *droits* et non pas les *capacités* des époux qui se limitent respectivement sur les biens communs. Il s'agit de savoir si le mari a qualité, et non pas s'il a capacité pour faire une donation d'immeubles conquêts.

Ainsi que l'a très bien dit la Chambre des requêtes dans son arrêt du 31 juillet 1867 : (1) « L'article 1422 a voulu protéger

(1) Req., 31 juillet 1867, S., 68. 1. 36, D. 68.1.209.

la femme contre l'abus que le mari pourrait être tenté de faire des *pouvoirs* si étendus qui lui sont attribués sur les biens communs ». Voilà bien la vérité. La tradition faisait du mari, chef de l'association conjugale, le seigneur et maître de la communauté. Nos législateurs de 1804, tout en consacrant en principe ces pouvoirs du mari, les ont limités dans l'intérêt de l'épouse.

Peut-être n'est-il pas inutile de distinguer en ces matières les deux questions suivantes : 1° Par qui la propriété de l'immeuble donné peut-elle être transmise au donataire ? qui a *qualité* pour la lui transférer ? 2° Qui est donateur ? et si les deux époux sont donateurs, dans quelle mesure le sont-ils ? Nous retrouverons, plus tard (1), cette seconde question, à la théorie des récompenses. Elle se rattache aussi aux théories du rapport, de la réduction, de la révocation des donations pour cause d'ingratitude, etc. Cette distinction que les principes nous imposent ressort nettement des articles 1438, 1439 et surtout 1469. Il est évident que l'épouse peut avoir la volonté de doter seule, avec un bien conquêt, un enfant qu'elle a eu d'un précédent mariage. La volonté du mari n'en sera pas moins nécessaire à côté de la sienne pour transmettre à l'enfant doté la propriété de ce bien quoique le mari n'entende nullement être donateur, et qu'il soit convenu entre les époux que la femme devra récompense à la communauté de la valeur intégrale du bien donné.

Nous n'avons à traiter ici que de la transmission de propriété. Dans cette transmission, la volonté du mari, — sans être suffisante pour l'opérer contre le gré de l'épouse, — joue un rôle prépondérant. Vis-à-vis des tiers, tant que dure la communauté, le fonds commun se confond avec son patrimoine propre. Lui seul a l'administration et la jouissance des biens communs. Ses créanciers personnels peuvent les saisir. Il peut les vendre ou les hypothéquer. Aucun de ces droits n'appartient à la femme ou à ses créanciers. C'est pourquoi nous avons vu que, tandis que la donation de la pleine propriété de la totalité d'un conquêt faite par le mari

(1) V. *infra*, I, n. 860 s.

seul recevra une exécution au moins provisoire durant la communauté, une donation identique faite par l'épouse n'aurait pas la même efficacité.

Aussi en principe, — après mûre réflexion et nouvel examen du problème, — sommes-nous d'avis que, dans la donation faite conjointement par les deux époux, le transfert de la propriété de l'immeuble commun est avant tout l'œuvre de la volonté du mari. Ce n'est pas à dire que la volonté de la femme soit inutile. En concourant à la donation, l'épouse se dépouille du droit de demander que le bien soit compris dans la masse partageable. Elle renonce à ses droits indivis actuels en tant qu'ils frappaient éventuellement ledit bien. Peut-être même doit-on dire que, de son côté, elle fait donation dudit immeuble.

Nous objectera-t-on que cette donation, — du moins quand elle n'est pas faite en faveur du mariage et par contrat de mariage, — se heurte à l'obstacle légal par nous-mêmes signalé, c'est-à-dire à la règle : « *donner et retenir ne vaut* » ? Dans ces cas, il suffirait d'invoquer l'idée de renonciation. D'ailleurs, on aurait tort, à notre avis, d'analyser la donation que les deux époux font conjointement d'un conquêt en deux donations juxtaposées, ayant chacune pour objet soit une moitié indivise de cet immeuble, soit même des parts indivises indéterminées, en tant que ce bien est considéré isolément et à titre particulier. Il y a là une opération juridique une et indivisible. A eux deux, le mari et la femme possèdent la plénitude des droits dont l'immeuble qu'ils entendent donner est susceptible. Ce bien n'est grevé d'aucune indisponibilité et la femme étant assistée de son mari, ni l'un ni l'autre ne sont frappés de l'incapacité de disposer dudit conquêt. Or, déclarer inefficaces les volontés réunies du mari et de l'épouse pour opérer au profit d'un tiers la transmission à titre gratuit de la propriété d'un immeuble commun, c'est alléguer que l'article 1422 rend ledit bien indisponible, ou qu'il frappe la femme et le mari lui-même d'une certaine incapacité : ce qui est inadmissible.

Ce concours de volontés du mari et de l'épouse dans la

donation conjointe fait une situation très nette au donataire. Tous les avantages d'une donation entre vifs parfaite lui sont assurés. Il devient immédiatement propriétaire de la totalité de l'immeuble donné. On ne voit pas reparaître ici les incertitudes qui pèsent sur les donations faites par un seul des conjoints de la moitié indivise de l'immeuble ou des droits indivis de ce conjoint sur cet immeuble. Le donataire est aussi dans une situation juridique meilleure que celui qui aurait obtenu du mari seul la donation de la pleine propriété de l'immeuble conquêt tout entier. Sans doute, le bénéficiaire de cette dernière donation obtient la jouissance immédiate de l'immeuble donné et la conservera jusqu'à la dissolution de la communauté. Mais il est exposé à être dépouillé de ce bien si la femme ou ses héritiers ayant accepté la communauté, ont usé du droit de le faire comprendre dans la masse partageable. Ce bien peut alors échoir à l'épouse par l'effet des prélèvements ou du partage. Au contraire, quand la femme a concouru à la donation, — qu'elle y ait le rôle principal ou le rôle secondaire, peu importe, — le donataire est, dès le moment de la donation, sûr de garder l'immeuble. La femme a perdu le droit de faire comprendre ce bien dans la masse partageable. Nous sommes en présence d'une donation entre vifs vraiment irrévocable.

On a dit aussi que si la femme, en agissant de concert avec le mari, pouvait rendre valables les donations interdites à celui-ci, elle ferait un acte impliquant qu'elle se dépouille par anticipation du droit de renoncer à la communauté, ce qui est défendu par la loi. Cette objection n'est que spécieuse. Ce qui résulte, en effet, de la donation, la femme s'étant elle-même portée donatrice, ce n'est pas la renonciation au droit que l'épouse a de répudier la communauté à sa dissolution. La femme ayant disposé, de concert avec le mari, d'un bien de communauté, s'expose simplement à être tenue parfois d'une récompense, sans que son option soit engagée. L'article 1469 implique, d'ailleurs, ce que nous venons d'avancer.

D'autre part, dans l'ancien droit, nous avons vu que le

mari, dont les pouvoirs allaient jusqu'à lui permettre de disposer à titre gratuit des conquêts de la communauté, ne pouvait pas faire de donation pour enrichir ses *hoirs*. Les donations de ce genre étaient considérées comme frauduleuses. Eh bien ! Pothier nous dit que ces sortes de donations pouvaient très bien être faites si la femme y consentait (1).

C'est la même idée qui nous paraît se dégager nettement de la comparaison des articles **1421** et **1422**. D'après l'article **1421** : « Le mari peut vendre, aliéner et hypothéquer (les biens de la communauté) *sans le concours de la femme*. » Puis on ajoute, dans l'article **1422**, que : « Le mari ne peut disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, etc... », en sous-entendant *sans le concours de la femme*. Ce que le législateur a voulu préciser dans les articles **1421** et **1422**, c'est ce que le mari peut faire ou ne pas faire seul. Si la communauté était une personne morale, il en irait différemment. Les articles qui nous occupent peuvent, en effet, être invoqués contre l'idée de la personnalité de la communauté que nous avons répudiée.

L'argument de texte, que nous venons de dégager ainsi et que ne saurait ébranler la considération d'après laquelle la femme va pouvoir être en butte à des obsessions de la part de son mari, est singulièrement fortifié, tant par l'histoire du régime de la communauté que par les principes. Il a toujours été admis que la limitation des pouvoirs du mari était établie dans l'intérêt exclusif de la femme. L'article **1422** ne crée pas plus une incapacité du mari, — ce que l'on ne comprendrait sous aucun régime, — qu'il n'établit une inaliénabilité à titre gratuit des conquêts de la communauté.

Et puis, le législateur aurait-il agi sagement en interdisant à deux époux sans enfants de doter, par exemple, leurs neveux et nièces au moyen d'une donation d'immeubles conquêts, d'une institution contractuelle à titre universel ou ayant pour objet une partie notable des valeurs mobilières communes, ou même simplement au moyen d'une donation,

(1) Pothier, *Communauté*, n. 494, 498 s. — V. également Lebrun, *Communauté*, liv. II, chap. II, n. 23.

à titre particulier, d'obligations de chemins de fer dont ils se seraient réservé l'usufruit ? Évidemment non.

Quant aux partages d'ascendants par actes entre vifs, dans l'opinion que nous répudions, ils ne pourraient avoir pour objet que les biens propres des époux. Ne vaut-il donc pas mieux admettre que les père et mère puissent confondre en une seule masse les biens propres et les biens communs ? Ce partage conjonctif permet de moins morceler les héritages et dispense les enfants de procéder plus tard à la liquidation de la communauté ou même des reprises. En effet, l'intention ordinaire des ascendants est évidemment d'abandonner tout ce qu'ils possèdent, aussi bien leurs créances en reprises que leurs autres biens (1).

2° *Dispositions testamentaires.*

675. Le mari peut-il disposer des biens de la communauté par testament, par conséquent, pour une époque où cette communauté sera dissoute ? Telle est la question à laquelle répond le législateur dans l'article 1423, dont nous avons précédemment transcrit le texte (2). Il y distingue deux hypothèses. Le mari peut, en effet, avoir disposé en termes généraux des biens de la communauté, ou, au contraire, de tel ou tel bien commun.

Reprenons chacun de ces deux cas.

676. Supposons que le mari ait disposé en termes généraux des biens de la communauté ; le legs par lui fait a pour objet l'universalité ou une quote-part de l'universalité des biens communs. L'article 1423 alinéa 1er nous dit alors que : « *La donation testamentaire faite par le mari ne peut « excéder sa part dans la communauté.* » Il semble résulter de ce texte, — qui ne fait d'ailleurs que reproduire les règles anciennement admises (3), — que le mari ne peut jamais léguer plus de sa part dans la communauté (4), et l'on serait tenté de dire que le legs d'un bien particulier serait lui-même nul en tant qu'il excèderait cette part.

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 703, I. — Poitiers, 9 mai 1883, D., 84. 2. 29.
(2) V. *supra*, I, n. 639.
(3) V, Pothier, *Communauté*, n. 475.
(4) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 67 *bis*, I.

Une telle interprétation serait pourtant inexacte.

Tout d'abord, si la femme a renoncé à la communauté, comme elle est alors censée n'avoir jamais été commune, et que les biens communs sont considérés comme ayant appartenu pour la totalité au mari, celui-ci aura pu valablement léguer la totalité de la communauté.

D'un autre côté, à supposer que le legs excède la part du mari dans la communauté, l'article 1423 n'a pas d'autre but que de refuser au légataire le droit de réclamer en nature plus que la part du mari dans cette communauté. Mais il ne lui enlève point le droit de réclamer le surplus du legs par un équivalent en argent. La fin du texte prévoit même que la part des héritiers du mari dans la communauté ne suffira pas pour indemniser le légataire, et qu'il devra s'en prendre aux biens personnels de l'époux (1).

En somme, l'article 1423 est étranger à la limitation du legs. Il peut se résumer en ces deux propositions: 1° le mari, quoique seigneur et maître de la communauté, ne peut faire aucun legs au préjudice des droits de la femme (2); 2° quant aux legs qui excèderont sa part dans la communauté ou porteront sur des biens attribués à la femme par les prélèvements ou le lotissement, ils seront acquittés au moyen d'un équivalent en argent par les héritiers du mari, sauf limitation résultant du bénéfice d'inventaire ou d'une intention contraire ressortant des termes du testament.

Jusqu'ici, nous ne trouvons pas de difficulté sérieuse.

677. Mais supposons que le mari ait, dans son testament, disposé de tel ou tel bien dépendant de la communauté. Quel va être le sort de ce legs ? Si la femme renonce à la communauté, il va sans difficulté que le legs produira tout son effet, car, ainsi que nous l'avons déjà dit souvent, la renonciation de la femme lui fait perdre rétroactivement tout droit sur les biens de la communauté, celle-ci revenant tout entière aux héritiers du mari. La situation sera donc la

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 891 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 728 à 730 ; Méringhac, *op. cit.*, I, n. 1293 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1293.

(2) Civ. cass., 24 fév. 1902 (motifs). D., 1903. 1. 433 (note Dupuich).

même que si le mari avait légué un bien lui appartenant en propre. Ce bien devient pour le tout la propriété du légataire.

Mais voici que la femme accepte la communauté. Dans ce cas, il faut attendre le résultat du partage. Si l'objet légué tombe au lot des héritiers du mari, le légataire pourra le réclamer en nature, car l'époux est réputé en avoir toujours été propriétaire (art. 883, 1476) ; c'est donc bien sa chose qu'il a léguée.

Si l'objet légué tombe, au contraire, au lot de la femme, le legs s'exécutera en ce sens que le légataire aura droit à une récompense de la part des héritiers du mari.

En somme, d'après l'article 1423 2e alinéa, le legs que le mari a fait s'exécutera *toujours*. Il s'exécutera tantôt en nature, tantôt par équivalent.

Ceci posé, la question qui s'élève à ce sujet est celle de savoir si ces solutions de l'article 1423 sont l'application des principes généraux, ou bien si elles sont des dispositions exceptionnelles explicables par les pouvoirs étendus du mari. C'est un point très délicat et fort débattu.

En effet, dans notre droit, aux termes de l'article 1021, le legs de la chose d'autrui est nul (1). En conséquence, on pourrait penser que le legs fait par le mari d'un bien dépendant de la communauté devrait être frappé de nullité, par application de l'article 1021, quand le partage n'aurait pas mis le bien légué aux mains des héritiers du testateur. Dans notre ancien droit, où le legs de la chose d'autrui était valable, on n'avait pas à s'inquiéter de cette question. Le seul point qui préoccupait nos anciens auteurs était celui de savoir s'il fallait, en tenant compte de l'intention du disposant, faire exécuter le legs pour le tout ou pour partie. Des distinctions assez subtiles étaient faites à cet égard (2). Quoi qu'il en soit, l'article 1423 ne s'arrête pas à l'objection déduite de l'article 1021.

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité théorique et pratique des donations et des testaments*, II, n. 2513 s.

(2) Lebrun, *Communauté*, liv. II, chap. II, sect. I, n. 2 ; Bourjon, *Droit commun de la France*, I, 4e part., chap. I, sect. III, n. 17.

Il reste à savoir s'il s'agit, dans notre cas, d'une exception à cet article. Beaucoup d'interprètes le pensent. Cette exception se justifie, dit-on, par cette circonstance que pour le mari, chef de la communauté, les biens communs, même dans son testament, ne peuvent point être envisagés comme des choses appartenant à autrui. Le mari n'est-il pas excusable d'avoir considéré comme siens les biens communs dont il est seigneur et maître pendant toute la communauté? N'a-t-il pas d'ailleurs dû penser que rien ne serait plus aisé pour ses héritiers que d'obtenir ou de racheter ce bien dans les opérations de la liquidation des reprises et du partage? D'autre part, il était bon d'enlever aux héritiers du mari tout intérêt à s'entendre avec la femme pour faire tomber le legs en attribuant à celle-ci la chose léguée (1).

Dans une autre doctrine (2), on répond que, d'après les principes, la communauté une fois dissoute, il y a copropriété ordinaire et que, par suite, tous les droits du mari comme chef disparaissent. On considère l'article 1423 alinéa 2 comme contenant, en un certain sens, une interprétation de l'article 1021. Il résulte, dit-on, de l'article 1423 que le législateur ne considère pas le legs d'une chose dont on a la copropriété comme un legs de la chose d'autrui, tout au moins quand l'état de copropriété persiste au décès du testateur. On s'explique d'ailleurs aisément cela. En effet, outre la chance qui peut mettre la chose léguée dans le lot du testateur, ne peut-on pas alléguer, en allant au fond des choses, que le partage est en fait un acte commutatif? Si donc le bien ne tombe pas au lot du testateur, il y est toujours remplacé par une valeur qui le représente.

(1) V. et cpr. Troplong, *Donations*, IV, n. 1950 et *Contrat de mariage*, II, n. 912, 913; Marcadé, *op. cit.*, V. sur l'art. 1423, n. 6; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 67 *bis*, IV; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 34; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 729; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Tr. théorique et pratique des donations*, II, n. 2523; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1298 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1298; Planiol, *op. cit.*, III, (2e édit.), n. 1035.

(2) V. et cpr. Duranton, *op. cit.*, IX, n. 217 et 250 et XIV, n. 280; Odier, *op. cit.*, I, n. 229, 230; Mourlon, *Répét., III, sur l'art. 1423*; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 892 et 895; Arntz, *op. cit.*, III, n. 640; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 306 et 306 *bis*; Huc, *op. cit.*, IX, n. 173 s.

678. L'intérêt pratique de ce débat se manifeste aussitôt si, au lieu du mari, c'est la femme qui, dans son testament, lègue un bien de la communauté. Si elle a disposé en termes généraux, il n'y a pas de difficulté : l'article 1423 alinéa 1er s'applique. Elle n'a pu disposer que de sa part. Mais elle a pu léguer tel ou tel bien dépendant de la communauté, et c'est alors que s'élève la controverse.

Les uns disent : le legs est valable, si l'objet légué par la femme tombe au lot des héritiers de celle-ci, tandis qu'il est nul si l'objet est mis au lot des héritiers du mari, car il s'agit alors d'un legs de la chose d'autrui. L'article 1423, il est vrai, en décide autrement au regard du mari ; mais cet article est une disposition exceptionnelle, disposition dérogeant à l'article 1021 qui ne doit pas s'appliquer à la femme. D'après l'article 883, en effet, la chose indivise est, après le partage, réputée avoir toujours été la chose du testateur ou la chose d'autrui, selon l'événement de ce partage. Et ceux qui écarteraient l'article 883 seraient logiquement conduits à décider que le légataire est substitué purement et simplement aux droits du testateur dans ses droits indivis, ce qui n'avance guère la question. Mais ce n'est pas tout. Comment le législateur, jugeant utile de dire que le legs fait par le mari ne tombera pas sous l'application de l'article 1021, aurait-il gardé un silence absolu sur le cas, beaucoup plus douteux encore, d'un legs fait par la femme? Est-ce que l'épouse a pu, durant la communauté, se faire illusion et se croire autorisée à disposer en maître, à tel point que l'exécution de son legs doive toujours être assurée, soit en nature, soit par équivalent? Non certes, la femme n'avait pas la gestion des biens communs. Elle est étrangère à l'administration de la communauté, et, peut-être renoncera-t-elle aux droits qu'elle peut avoir dans la masse commune. La charge de fournir un équivalent en argent du legs d'un objet resté aux mains du mari eût été d'autant plus lourde pour les héritiers de la femme. Si les héritiers de l'épouse renoncent à la communauté, celle-ci, en léguant le bien commun, a réellement légué la chose d'autrui. Ne peut-on pas même ajouter que la solution inverse permettrait à la

femme d'enlever indirectement à ses héritiers, pour partie du moins, leur droit de répudier la communauté, en les obligeant à exécuter son legs d'un bien commun, comme s'ils avaient accepté cette communauté ? Cet argument spécial disparaît sans doute quand les héritiers de l'épouse acceptent la communauté ; mais bien d'autres subsistent.

Il faut donc attendre le résultat du partage. Si le bien légué échoit aux héritiers de la femme, ceux-ci devront le délivrer au légataire. Celui-ci pourra user des droits que lui confère l'article 882, s'il craint une collusion. Mais si l'objet n'est pas compris au lot des représentants de la femme le legs tombe sous le coup de l'article 1021 : il est nul. Telle est, dit-on, la vraie solution (1).

D'autres auteurs s'élèvent contre elle. Ils prétendent qu'il faut appliquer à la femme ce que l'article 1423, alinéa 2, décide pour le legs fait par le mari. Il n'y a pas de raison décisive, dit-on, ni même de bons motifs pour établir une différence à ce sujet entre l'épouse et le mari. Nous sommes ici, en présence d'une disposition qui n'aura d'effet qu'à la dissolution du mariage, c'est-à-dire à une époque où la situation des conjoints ou de leurs héritiers est équivalente. Pourquoi donc, à ce moment-là, maintiendrait-on aux actes du mari des effets qui ne seraient pas accordés à ceux de la femme ? En un mot, l'article 1423 ramène les droits du mari aux limites du droit commun, et doit s'appliquer à l'épouse comme à l'époux. Il faut rejeter l'argument *a contrario* que l'on tire de l'article 1423, parce que ce texte ne déroge pas à l'article 1021. Il nous montre que cet arti-

(1) Besançon, 10 déc. 1862, S., 63. 2. 55 (note). — Cpr. Besançon, 16 mars 1857, S., 57, 2. 619, D., 57. 2. 137. — Marcadé, *op. cit.*, V, sur l'art. 1423, n. 6 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, note 17, p. 330 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 67 *bis*, V ; Laurent, *op cit.*, XXII, n. 35 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Tr. des don.*, II, n. 2530, 2531 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 642, note 14 *in fine* ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 732. — *Contra* Duranton, *op. cit.*, IX, n. 250 et XIV, n. 280 ; Odier, *op. cit.*, I, n. 230 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 895 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 640 ; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 306, 306 *bis* ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 174. V. également et cpr. Delvincourt, *op. cit.*, II, note 4 de la page 97, p. 358, 359 des notes ; Bayle-Mouillard sur Grenier, II, n. 319, note *a* ; Demolombe, *op. cit.*, XX, n. 695 Planiol. *op. cit.* III (2e édit.), n. 1043.

cle 1021 ne s'applique pas quand il s'agit d'un bien dont le testateur était copropriétaire au moment de son décès (1).

Il est permis d'hésiter sur le choix à faire entre les deux doctrines.

679. Quoi qu'il en soit, pour que la solution contenue dans l'article 1423 soit applicable au mari seul, — et également à la femme, si l'on accepte la thèse que nous venons d'esquisser en dernier lieu, — il faut supposer que c'est le testateur qui vient à décéder.

Mais si le mari, notamment, ayant disposé par legs d'un effet commun, a survécu à la dissolution de la communauté, que va-t-il advenir ? Il faut voir si l'indivision persiste ou non jusqu'au décès du disposant. Si l'indivision persiste, — surtout si le testateur n'a pas eu la possibilité de refaire son testament, — on appliquera l'article 1423 alinéa 2. Si au contraire le partage a été fait avant le décès du testateur, alors la validité du legs dépendra de l'événement de ce partage. Si le bien légué n'est pas mis au lot du disposant, le legs sera nul. L'article 1021 s'appliquera.

680. Il est possible encore de prévoir que le testament par lequel le mari a légué un effet de la communauté, ait été fait postérieurement à la dissolution de cette communauté.

En pareil cas, il n'est pas contestable que l'article 1423 soit inapplicable, si le mari, survivant à la dissolution de la communauté, n'a fait son testament qu'après la liquidation et le partage de cette communauté. L'article 1021 serait en effet trop directement violé, si nous admettions que les héritiers du mari devraient au légataire une indemnité en argent représentant les choses léguées, devenues absolument étrangères au testateur, non seulement avant son décès, mais encore avant la confection de son testament.

Mais la question serait plus délicate si le mari, après avoir survécu à la communauté et après avoir testé postérieurement à la dissolution du régime, mourait avant qu'il y eût

(1) Metz, 30 mars 1816, S. chr. — Cpr. civ. cass., 6 juin 1883, cassant un arrêt de la cour de Caen du 13 déc. 1880, S., 84. 1. 129, D., 84. 1. 33.

liquidation et partage. Ne s'agit-il pas là, sinon de régler une question de capacité de disposer, du moins d'interpréter la volonté du testateur par l'influence des circonstances au milieu desquelles il vivait lors de la confection de son testament ? On peut soutenir, avec force, que l'article 1423 est inapplicable par cela seul que le testament a été rédigé à une époque où la communauté était dissoute. Les legs sont alors régis par l'article 1021 (combiné avec l'article 883), le testateur fût-il mort avant le partage de la masse commune, si souvent différé en pratique jusqu'au décès du survivant des époux, usufruitier d'une partie des biens du prédécédé (1). L'opinion contraire compte toutefois des adhérents. Ceci se conçoit aisément de la part de ceux qui voient, dans l'article 1423, alinéa 2e, l'interprétation en un certain sens de l'article 1021, et décident que le législateur ne considère pas comme legs de la chose d'autrui le legs d'une chose dont on a la copropriété, tout au moins quand cet état de copropriété persiste au décès du disposant (2).

681. Une dernière question s'élève sur l'article 1423. Le mari, qui peut faire à sa femme une donation de valeurs mobilières communes, dans les limites tracées par l'article 1422 alinéa 2 (3), a le droit, à plus forte raison, de lui assurer un legs dans les termes de l'article 1423. Toutefois ce legs est susceptible de deux interprétations.

Sans doute, le mari a pu vouloir l'application complète de l'article 1423, c'est-à-dire que l'objet légué, meuble ou immeuble, soit laissé dans la masse partageable, puis que, le partage achevé, la femme retire cet objet des mains des héritiers du testateur, s'il leur a été attribué par les prélè-

(1) V. J. Seine, 8 mai 1860 confirmé, par adoption de motifs, par un arrêt de la cour de Paris du 6 mai 1861, contrairement aux conclusions du premier avocat général Charrins, D., 62. 2. 161, S., 61. 2. 321 (note Dutruc) ; — Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 37 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 731 ; Vigié, *op. cit.*, III, n. 200.

(2) Civ. cass., 6 juin 1883 (motifs), S., 84. 1. 129, D., 84. 1. 33 ; Civ. rej. 11 mai 1890, D., 91. 5. 322. — Duranton, *op. cit.*, IX, n. 248 *in fine* ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 894 ; Dutruc, *Note* dans S., 61. 2. 321 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 171. — Rapp. Demolombe, *op. cit.*, XXI, n. 695.

(3) V. *supra*, I, n. 630 s.

vements ou le résultat du partage, ou qu'elle s'en fasse payer la valeur par lesdits héritiers, s'il lui est échu à elle-même. Voilà la première interprétation, celle qui assure la totalité de la valeur de l'objet à l'épouse.

Voici la seconde. Elle réduit l'émolument du legs à la moitié de la valeur de l'objet. Le mari s'est contenté de léguer sa part dans l'objet en question à la femme, de manière qu'elle le prélève avant partage, et même avant d'être payée de ses reprises.

Les juges du fait auront pleins pouvoirs pour déterminer laquelle de ces deux interprétations est la plus conforme à la volonté du disposant (1).

Dans le doute absolu, ils devront préférer l'interprétation qui impose la moins lourde charge aux héritiers du mari (2).

§ II. *Pouvoirs de la femme sur les biens communs.*

682. Nous venons de constater la quasi-omnipotence du mari sur les biens communs. Quant aux actes accomplis par la femme, nous savons qu'ils n'engagent pas, en principe, la communauté (art. 1426). L'épouse ne peut normalement participer à l'administration des biens communs qu'en qualité de mandataire du mari, chef de la communauté (3). C'est dire que, en réalité, elle demeure étrangère à cette administration, les actes du mandataire étant censés faits par le seul mandant.

683. Toutefois, dans la théorie par nous adoptée pour expliquer les articles 1409-2° et 1419, la femme autorisée du mari représenterait jusqu'à un certain point la communauté. C'est en vertu de l'engagement de l'épouse approu-

(1) Req., 18 mars 1862, S. 62. 1. 863, D., 62.1. 235. — Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 893 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et note 18, p. 331 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 36 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 733 ; Mérignhac, *op. ci.*, I, n. 1303 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1303.

(2) Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité théorique et pratique des donations et des testaments*, II, n. 2530, 2540.

(3) V. *supra*, I, n. 500 s., 577 et 582-582 *bis*.

vée par le mari que les biens de la communauté seraient engagés (arg. art. 1426), que la communauté serait grevée de la dette (art. 1409-2°), et que, par contre-coup, les biens du mari pourraient être compris dans les poursuites (article 1419) (1). Cette thèse nous a paru préférable ; mais nous devons rappeler qu'une doctrine différente est en grande faveur. Elle consiste à admettre que le mari, qui s'est bien gardé de parler au contrat et s'est borné à autoriser sa femme, est un obligé personnel, et un obligé pour le tout comme s'il avait déclaré contracter solidairement avec l'épouse. Le succès d'une aussi singulière interprétation de la volonté manifestée par le mari, est évidemment dû au désir de maintenir la règle d'après laquelle le mari seul administre et dirige la communauté.

Mais nous serons d'accord avec nos adversaires pour en déduire cette conséquence naturelle, à savoir que la femme ne peut pas, en général et en dehors des exceptions que nous allons bientôt étudier (2), s'immiscer dans l'administration des biens communs sans l'autorisation ou plutôt sans le mandat de son conjoint. L'autorisation de la justice ne suffirait pas pour le lui permettre, car, nous l'avons établi, il ne s'agit pas seulement de relever la femme de son incapacité, il faut subvenir à un défaut de *qualité* chez elle.

684. Nous avons déjà prouvé qu'il n'est pas dérogé aux règles du droit commun sur l'administration des biens de la communauté, lorsque la femme est commerçante. C'est avec des valeurs de la communauté et pour le compte de cette dernière que la femme fait le commerce comme le ferait le mari lui-même, s'il était commerçant. L'épouse commerçante, en s'obligeant en son nom personnel, oblige la communauté. Les valeurs, fonds ou marchandises, ne sont entre ses mains qu'en vertu d'une volonté toujours révocable du mari (3).

En ce qui concerne l'administration de ces objets mobi-

(1) V. *supra*, I, n. 585 s.
(2) V. *infra*, I, n. 685 s.
(3) V. *supra*, I, n. 592 s.

liers dépendant de la communauté, la femme est effectivement substituée au mari. Elle a le droit de faire, relativement à ces biens mobiliers, tous les actes que comporte son négoce. Dans cette mesure-là, où elle est substituée au mari, les obligations qu'elle contracte sont exécutoires sur tous les autres biens de la communauté. Les créanciers de la femme pourront obtenir hypothèque judiciaire sur les immeubles de l'épouse et sur les conquêts.

En faut-il conclure que la femme aurait le droit de conférer des hypothèques conventionnelles sur les *immeubles de la communauté* en garantie des engagements contractés dans l'exercice de son commerce ? Non. La femme commerçante n'a pas qualité pour aliéner ou hypothéquer les immeubles communs. Elle peut seulement les exposer aux poursuites des créanciers chirographaires de son commerce. Autre chose est, de la part de l'épouse, engager les immeubles communs par ses obligations, ce qui suppose seulement qu'elle a contracté avec l'autorisation de son mari, autre chose est avoir le droit de les aliéner ou de les hypothéquer, ce qui dépouillerait le mari du droit de les administrer, bien que le commerce ne s'exerce pas sur eux, mais seulement sur des marchandises, c'est-à-dire sur des objets mobiliers (1).

Ainsi, le commerce ne fait passer du mari à la femme que l'administration des valeurs mobilières qui font partie du négoce.

685. Mais la femme ne peut-elle pas, dans des cas exceptionnels, être substituée au mari dans l'administration générale de la communauté ?

Cette situation peut se produire dans deux cas.

1° Il en sera ainsi lorsque, le mari étant interdit ou interné dans un asile d'aliénés, sa femme sera nommée tutrice (art. 507) ou administratrice provisoire (art. 32 et 34 de la loi du 30 juin 1838). Les pouvoirs de la femme sur les biens personnels du mari et sur ceux de la communauté seront

(1) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 63 *bis*, p. 156-157. — V. aussi n. 70 *bis*, V, p. 159-160.

alors déterminés conformément aux pouvoirs que la loi reconnaît aux tuteurs des interdits ou aux administrateurs provisoires.

2° Notre seconde hypothèse se présente en cas d'absence du mari. L'article 1427, d'une part, et l'article 124, d'autre part, régissent cette situation.

Il résulte de l'article 124 que, après la déclaration d'absence du mari, il dépend de l'épouse d'empêcher l'envoi en possession provisoire des biens de l'époux, envoi en possession sollicité par ses héritiers présomptifs. Il suffit à la femme d'opter pour la continuation de la communauté dont elle prend alors l'administration ainsi que celle des biens de son mari absent, dont la communauté a la jouissance.

L'article 1427 vient compléter cet article 124 sur un point spécial. On sait que l'envoyé en possession provisoire, — et la femme n'a pas plus de droits que lui (1), — n'a pas le pouvoir d'aliéner. Or, il peut être indispensable d'aliéner un conquêt de communauté pour l'établissement d'un enfant issu du commun mariage. L'article 1427 décide que l'autorisation de la justice suffira à la femme pour qu'elle puisse, dans ce but, valablement aliéner, hypothéquer ou donner des biens de la communauté (2).

Nous croyons que cet article 1427 ne doit pas être limité à l'absence déclarée. Pourquoi, en effet, la justice ne pourrait-elle pas habiliter l'épouse à constituer une dot à l'enfant commun qu'il s'agit d'établir deux ou trois ans après la disparition du père de famille ? Faudra-t-il attendre au moins cinq ans, ou même onze ans au minimum si l'absent a laissé une procuration, et l'achèvement de la procédure de déclaration d'absence, avant de pouvoir doter l'enfant ? L'article 1427 ne distingue point les différentes phases de l'absence, et nous devons nous en féliciter.

Quant aux actes d'administration ordinaire des biens communs pendant la période de présomption d'absence, la

(1) La femme qui opte pour la continuation de la communauté devra faire inventaire (art. 126) et fournir caution, comme toute personne exerçant des droits sur les biens laissés par l'absent (art. 123).

(2) V. *supra*, I, n. 619.

femme pourrait les faire en qualité d'administratrice, commise par la justice conformément à l'article 112.

686. On peut assurément taxer d'exagération, à certains points de vue, les pouvoirs du mari sur les biens communs, et critiquer la situation par trop effacée que le législateur permet au mari, administrateur irresponsable, d'imposer à l'épouse. Celle-ci, nous l'avons constaté à plus d'une reprise, est condamnée à assister en spectatrice aux dissipations et aux prodigalités de son mari, sans pouvoir faire un acte d'opposition valable. Sa seule ressource est la séparation de biens.

Spécialement, la femme ne peut être commerçante qu'avec le consentement du mari. Et il semble même que, rigoureusement, elle ne puisse continuer un commerce qu'avec l'autorisation maritale, qui ne serait jamais suppléée utilement par celle de la justice (1). En logique pure, la lettre de l'article 4 du code de commerce peut se justifier, car il ne s'agit pas seulement de remédier à l'incapacité de la femme par une autorisation spéciale. Une autorisation générale, supposant une appréciation des aptitudes commerciales de la femme et des chances de succès de son entreprise, est nécessaire. Bien plus, il faut suppléer au défaut de *qualité* de l'épouse qui va être commerçante, en son nom propre assurément, mais aussi au nom et pour le compte de la communauté. En effet, notre loi est ainsi faite que tout commerce, toute opération commerciale entreprise par l'un des époux durant la communauté est aux risques et avantages de cette communauté.

687. Il faut avouer que tout ceci est de plus en plus en désaccord avec nos mœurs et nos idées modernes. Aussi n'est-il pas surprenant, comme on l'a constaté, de voir, si l'on consulte la pratique plus que les textes de la loi, le concours de la femme aux actes qui sont dans les pouvoirs du mari, entré, pour des motifs divers, dans les habitudes courantes. « Pour ne prendre qu'un exemple, dit le savant auteur auquel nous empruntons cette remarque judicieuse (2), l'existence

(1) V. *supra*, I, n. 612-631.

(2) Bufnoir, *Bulletin de la Société de lég. comparée*, 1895-1896, p. 172.

de l'hypothèque de la femme, ne rend-elle pas pratiquement son intervention personnelle indispensable dans l'aliénation des immeubles communs, comme aussi d'ailleurs des immeubles propres du mari ? »

688. Quoi qu'il en soit, il est un point de vue auquel notre code civil présentait une grave lacune. Peut-être la lui a-t-on reprochée parfois avec un peu d'amertume ; mais des lois spéciales la font peu à peu disparaître.

Il s'agit de faciliter, ou du moins de ne pas compliquer par des formalités, la tâche trop souvent pénible de la femme, surtout dans les ménages aux ressources modestes.

689. Le retrait des fonds déposés aux caisses d'épargne a d'abord appelé l'attention du législateur. Il avait semblé que les principes conduisaient à cette conclusion, à savoir que le mari, seul, avait qualité pour retirer les fonds déposés, l'eussent-ils été par la femme sur un livret au nom de celle-ci. Il en était ainsi, à moins que l'épouse ne justifiât, contrat de mariage en mains, que les fonds par elle déposés sur un livret en son nom personnel étaient soumis au régime de la séparation de biens. En dehors de ce cas, assez peu vraisemblable, les gens peu fortunés se mariant sans contrat, la femme ne pouvait se présenter que munie d'une procuration du mari, celui-ci ayant seul qualité pour donner quittance de fonds dépendant de la communauté.

Par l'article 6, alinéa dernier, de la loi du 9 avril 1881, sur la caisse d'épargne postale et par l'article 16, alinéas 4 et 5 de la loi du 20 juillet 1895 sur les caisses d'épargne ordinaires, il a été remédié à ces complications par une heureuse extension du *mandat tacite* de la femme, selon l'expression même de M. Le Bastard, rapporteur de la loi devant le Sénat (1). Le texte de la loi de 1881 a été littéralement reproduit, avec une addition dont nous parlerons bientôt, par la loi de 1895 (art. 16). « *Les femmes mariées quel que soit le régime de leur contrat de mariage*, nous dit la loi de 1895, *seront admises à se faire ouvrir des livrets sans l'assistance de*

(1) V. Sirey, *Lois annotées*, 1882, p. 290 à la note, 1re colonne *in fine*.

leurs maris ; elles peuvent retirer, sans cette assistance, les sommes inscrites aux livrets ainsi ouverts, sauf opposition de la part de leurs maris (1). »

Ce mandat tacite, reconnu à la femme pour garder à sa disposition les économies destinées à être ensuite retirées peu à peu dans la mesure des besoins du ménage, est conforme à la réalité des situations. L'observation a démontré que, dans la classe ouvrière, c'est la femme qui effectue en général les versements à la caisse-d'épargne. C'est elle qui représente l'esprit de prévoyance et d'économie dans le ménage. Le mari lui donne, pour les besoins de la famille, une partie de son salaire. Il était de la plus stricte justice d'encourager l'épouse à réaliser quelques économies pour les temps de maladie ou de chômage (2).

S il se rencontra, en 1881, quelques-uns de nos législateurs pour trouver l'innovation trop hardie et trop peu respectueuse du code civil et de l'autorité maritale, d'autres, en revanche, auraient désiré sortir franchement du droit commun. La majorité ne le voulut pas. Le mari resta le maître d'empêcher le retrait des fonds par la femme et d'opérer lui-même ce retrait à sa guise, bien que le livret fût ouvert au nom de l'épouse. L'exemple contraire de la loi belge du 16 mars 1865, sur la Caisse générale d'épargne et de retraites (art. 45), fut vainement invoqué. Mais la question s'est représentée à nouveau lors de la discussion de la loi de 1895. Le texte de cette loi, après s'être conformé au libellé de celui de la loi de 1881, et après la réserve expresse du droit d'opposition du mari au retrait des fonds, ajoute: « *Dans ce cas, il sera* sursis au retrait *du dépôt, et ce*, pendant un mois à partir de la dénonciation *qui en sera faite à la femme par lettre recommandée à la diligence de la Caisse d'épargne. Passé ce délai et faute par la femme de s'être pourvue contre ladite opposition par les voies de droit,* le mari pourra toucher seul le montant

(1) Rapp. la loi belge du 10 fév. 1900 sur l'épargne de la femme mariée et du mineur. *Bull. de la soc. d'études législatives*, I, (1901-1902), p. 93.

(2) V. le rapport précité de M. Le Bastard et aussi M. Planiol, *Les caisses d'épargne et le régime de communauté, Revue critique*, 1882, p. 42 à 48; Huc, *op. cit*, IX, n. 159.

du livret, *si le régime sous lequel il est marié lui en donne le droit* (1). » Ne résulte-t-il pas de cette disposition que, pendant le délai accordé à la femme pour se pourvoir contre l'opposition du mari, ce dernier ne pourrait pas retirer les fonds ? Nous le croyons, et nous constatons, sans la regretter, cette légère dérogation au droit commun. Elle a été voulue par la Commission du Sénat, au nom de laquelle le rapporteur, M. Denormandie, s'exprimait ainsi : « Nous ne faisons pas l'application rigoureuse des principes, nous faisons du fait ; nous intervenons sous l'empire d'une préoccupation de bienfaisance et de secours donnés à des mères de famille souvent bien éprouvées. »

690. Aussi le mouvement s'accentue-t-il chaque jour. Nos législateurs ne font d'ailleurs en cela que suivre l'exemple qui leur est donné à l'étranger. Toute une évolution législative des plus intéressantes s'est en effet dessinée dans certains des pays où l'on pratique, comme en France, le régime de communauté.

Ce régime matrimonial est généralement adopté par les pays de l'Europe continentale qui sont riverains de la mer du Nord et de l'Atlantique, c'est-à-dire par les pays scandinaves, l'Allemagne du Nord, les Pays-Bas, la Belgique, la France et l'Espagne, sauf les parties méditerranéennes et le Portugal (2).

Or, dans plusieurs des pays du nord de l'Europe, on a tenté « de greffer sur la communauté la réserve, au profit de la femme, d'un pécule provenant de ses gains personnels (3). » Nous signalerons les lois de la Suède (loi du 11 décembre 1874), du Danemark (loi du 7 mai 1880 reproduite dans la loi du 7 avril 1899, art. 27) (4), de la Norvège

(1) V. Sirey, *Lois annotées*, 1895, p. 1167.

(2) V. à cet égard le bel ouvrage d'Olivecrona sur la communauté de biens entre époux (5e édition, Stockholm, 1882).

(3) V. Bufnoir, *Bulletin de la Société de lég. comp.*, 1895-1896, p. 171. — V. égal. Cauwès, *De la protection des intérêts économiques de la femme mariée*, et les observations rapportées dans le *Bulletin de la Société de lég. comparée*, 1895-1896, p. 296 s.

(4) *Annuaire de législation étrangère*, 1881 p. 533.

(loi du 29 juin 1888) (1), du grand-duché de Finlande (loi du 15 avril 1889) (2).

Ces diverses lois, nous dit le savant jurisconsulte Bufnoir, procèdent d'après un type commun qui trouve sa formule la plus nette dans la loi norvégienne dont l'article 31 est ainsi conçu : « La femme a le droit, même lorsqu'il y a communauté et *que par suite les produits de son industrie personnelle sont biens communs,* de disposer exclusivement de ce qu'elle gagne par cette industrie, ainsi que de toutes acquisitions qui sont prouvées provenir de ses gains. Ces biens sont soustraits, du vivant de la femme, à l'exécution des dettes contractées par le mari sans son consentement exprès. »

La modification ainsi apportée aux règles de la communauté, qui continue à comprendre les gains de la femme comme ceux du mari, consiste donc en une dérogation aux droits du mari comme chef de la communauté. Les gains de la femme et les acquisitions qu'elle réalise avec eux échappent aux pouvoirs d'administration et de disposition du mari, de telle sorte que l'épouse acquiert ainsi l'administration d'une partie des biens communs (3).

Une loi genévoise du 7 novembre 1894 (4) est à rapprocher des lois qui précèdent. Le système qui y est établi se dégage de ses articles 1er et 4 combinés. Voici ces textes :

ARTICLE PREMIER. — La femme mariée aura, sur le produit de son travail personnel pendant le mariage et sur les acquisitions provenant de ses gains, les mêmes droits que la femme séparée de biens (art. 1449 C. civ.). Ces droits ne s'étendront pas aux bénéfices résultant d'une activité exercée en commun par les deux époux.

ART. 4. — A la dissolution du mariage, le mari ou ses héritiers pourront exiger que les biens personnels de la femme, acquis conformément à l'article 1er de la présente loi, soient rapportés à la communauté. Si la femme ou ses héritiers

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1839, p. 762.
(2) *Idem*, 1890, p. 821-822.
(3) V. Bufnoir, *Bulletin de la Société de lég. comp.*, 1895-1896, p. 172.
(4) V. Bufnoir, *Bulletin de la Société de lég. comp.*, 1895-1896, p. 168 s., spécialement, p. 173 s.

renoncent à la communauté, ils ne seront pas soumis à cette obligation.

La loi genévoise de 1894 est incontestablement moins nette que la loi norvégienne de 1888. Puisque l'article 4 de la loi genévoise impose la remise à la masse des biens acquis à la femme, en cas d'acceptation de la communauté par l'épouse, elle paraît supposer que les biens en question étaient sortis de cette masse et soumis à un régime de séparation de biens, même pour la propriété. Cependant, dans la pensée des promoteurs de la loi, ce n'est pas ainsi qu'elle doit être interprétée. Il ne s'agirait, comme dans la loi norvégienne, que d'un régime spécial d'administration concernant des biens qui continuent à faire partie de la communauté. Mais si, à la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers renoncent, le pécule que l'épouse s'était constitué ne profite pas au mari et reste en dehors de la masse commune, pour être attribué à la femme ou à ses représentants.

Signalons, enfin, à l'occasion de la loi genévoise de 1894, que, dans le but de protéger la femme mariée, en donnant une sanction légale au devoir pour le mari de subvenir aux besoins du ménage, d'entretenir la femme et d'élever les enfants, cette loi a fait de la non-exécution de ces obligations une cause de séparation de biens, avec allocation d'une pension alimentaire au profit des enfants et de l'épouse.

Bufnoir considère que le remède est insuffisant, la séparation de biens n'étant pas assez facilement accessible, « avec ses lenteurs, les frais et les dérangements qu'elle impose », pour les femmes appartenant aux classes ouvrières. Le savant et regretté jurisconsulte préfère, pour sanctionner les obligations du mari, surtout s'il a abandonné le domicile conjugal, « le droit de pratiquer par des voies promptes et peu coûteuses, sans avoir besoin de recourir à la séparation de biens, une saisie sur une portion à déterminer des salaires ou émoluments du mari. »

On peut encore rapprocher des lois précitées, la loi belge du 10 mars 1900 sur le contrat de travail. Après avoir posé en principe que la femme mariée est capable d'engager son

travail, moyennant l'autorisation expresse ou tacite de son mari ou, à défaut, du juge de paix, elle décide dans son article 30 : « que, sous quelque régime qu'elle soit mariée, la femme peut, sans le concours et à l'exclusion de son mari, mais sauf opposition de ce dernier, toucher son salaire et en disposer pour les besoins du ménage. » (Rappr. art. 33 de la même loi) (1).

691. Bientôt, sans doute, des dispositions législatives de ce genre seront promulguées en France.

Dans sa séance du 27 février 1896, la Chambre des députés a voté, après déclaration d'urgence et sans discussion, sur le rapport de M. Goirand, les textes suivants, qui résument deux propositions, l'une du rapporteur, l'autre de M. Louis Jourdan :

ARTICLE PREMIER : « Quel que soit le régime adopté par les époux, la femme a le droit de recevoir sans le concours de son mari les sommes provenant de son travail personnel et d'en disposer librement. La présente disposition n'est pas applicable aux gains résultant d'un travail commun aux deux époux. Les biens acquis par la femme avec ses gains personnels appartiennent à la communauté. »

ART. 2 : « En cas d'abandon par le mari du domicile conjugal, la femme peut obtenir du juge de paix l'autorisation de faire saisir-arrêter et de toucher des salaires et des émoluments du mari une part en proportion de ses besoins et du nombre de ses enfants. Le même droit appartient au mari, en cas d'existence d'enfant, si la femme ne subvient pas spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage. »

Suivent cinq articles qui terminent la proposition de loi (art. 3-7), et règlent la procédure très sommaire et très peu coûteuse à suivre devant le juge de paix.

692. En 1881, nos législateurs n'ont pas osé aller au delà de quelques facilités octroyées à l'épouse pour placer et retirer des caisses d'épargne les quelques économies qu'elle

(1) V. Siville (contin. de Laurent) T. VI, p. 88 et *Bull. Soc. d'Études législatives*, I, p. 93-94.

a su réaliser. Un peu plus hardis, dans la loi de 1895, ils semblent empêcher pendant un sursis de quelques semaines le droit de retrait que jusqu'alors le mari exerçait librement, pourvu qu'il justifiât, par l'acte de mariage, de l'existence de la communauté légale.

Dans le texte voté en 1896 par la Chambre des députés pour protéger la femme contre certains abus de la puissance maritale, d'après l'intitulé de la proposition Jourdan, nous rencontrons une innovation d'une portée plus générale.

Il faut distinguer entre les gains personnels de la femme d'une part, et, d'autre part, tous les autres gains, soit personnels au mari, soit réalisés dans un travail commun.

La femme conserverait la libre disposition de ses gains personnels, même sous le régime de la communauté. Le produit de son travail ne serait soumis au régime matrimonial, et, par suite, ne tomberait en communauté, que lorsque la femme en aurait fait le placement par l'acquisition d'un bien meuble ou immeuble (art. 1401-1° ou 3°). Désormais les produits du travail de l'épouse seraient en quelque sorte considérés comme hors de l'atteinte du chef de la communauté, tant qu'ils n'auraient pas été transformés par la femme elle-même en valeurs de placement, tant que leur capitalisation n'aurait pas été ainsi démontrée par son fait.

Dans ce système, le mari n'aurait plus le droit d'aller, malgré et peut-être à l'insu de la femme, prélever chez le patron de celle-ci le plus clair de ses salaires. Toutefois, comme il se rencontrera des femmes qui ne représenteront pas l'esprit d'ordre et d'économie dans le ménage, d'abnégation et de dévouement aux enfants, le mari pourrait appeler la femme devant le juge de paix pour faire régler sa contribution aux charges du ménage, mais seulement s'il existe des enfants.

692. Un point sur lequel il serait bon, à notre avis, que la loi projetée s'expliquât est celui-ci : Les sommes déposées par l'épouse à la caisse d'épargne, sur un livret inscrit à son nom, ne seraient-elles pas considérées désormais comme restant à la libre disposition de la femme, — du moins si

elles proviennent de son travail, — sans que son mari puisse se les approprier ?

D'autre part, en cas de prédécès de la femme sans enfants ni descendants, ces sommes pourraient-elles équitablement rester en dehors de la communauté ?

693. Quant aux salaires du mari, comme les produits du travail commun, ils continueraient à rester à la disposition du mari, chef légal du ménage. Mais, afin de restreindre s'il est possible la dime parfois excessive que le cabaret prélève sur les gains du mari, la femme pourrait les frapper d'une saisie-arrêt dans les limites tracées par le juge de paix. Encore le texte voté par la Chambre ne permet-il cette atteinte à l'autorité maritale, *qu'en cas d'abandon, par le mari, du domicile conjugal.*

Nous estimons, en effet, qu'il y a quelque chose à faire dans ce dernier ordre d'idées (1). On a dit, non sans raison, que dans les ménages d'ouvriers, la femme est souvent le véritable chef du ménage. Tandis que son conjoint travaille au dehors, c'est elle qui centralise les ressources, qui pourvoit aux dépenses de vêtements, de nourriture, d'entretien de tous les membres de la famille. C'est la femme qui gère le petit pécule du ménage. Trop souvent, elle épuise en partie ses forces à essayer de soustraire son mari aux entraînements de l'ivrognerie. L'intérêt de ces malheureuses et celui de leurs enfants, c'est-à-dire un intérêt social de premier ordre, exige que le législateur ne se contente pas d'offrir ces remèdes dérisoires, insuffisants, ou désespérés, qui s'appellent la séparation de biens, la séparation de corps ou le divorce. Nous sommes convaincus que les bureaux d'assistance judiciaire près nos tribunaux de première instance, nous diraient que l'on rencontre là une des causes principales des neuf mille divorces prononcés chaque année (2).

(1) V. *suprà* préface. Cpr. proposition Grosjean, *J. officiel*, 1905, *Doc. parl. Chambre*, p. 441 à 443.

(2) Galopin, *La réforme du droit matrimonial*, Liège, 1895; Villey, *Le mouvement féministe contemporain*, Caen, 1895. — V. également les observations diverses recueillies au *Bull. de la Société de législation comparée*, 1895-1896, p. 296 s. L'auteur de l'une de ces observations, M. Hubert Valleroux, fait

694. Nous avons réservé, pour en traiter à part, une disposition de la loi du 20 juillet 1886, relative à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse (1).

Cette loi, après avoir fixé à 1.200 francs le maximum de la rente viagère que la caisse nationale est autorisée à inscrire sur la même tête (art. 6), et avoir déclaré chaque rente incessible et insaisissable jusqu'à concurrence de 360 francs (art. 8), a réglé en ces termes la constitution desdites rentes viagères sur la tête des personnes mariées :

« Le versement opéré antérieurement au mariage reste *propre* à celui qui l'a fait (2).

« Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, sont admises à faire des versements sans l'assistance de leur mari (3).

« Le versement fait pendant le mariage, par l'un des deux conjoints, profite séparément à chacun d'eux par moitié.

« Peut néanmoins profiter, — exclusivement? ce mot semble oublié, — à celui des conjoints qui l'effectue, le versement opéré après que l'autre conjoint a atteint le maximum de rente, ou après que les versements faits dans l'année au profit exclusif de celui-ci, soit antérieurement au mariage, soit par donation, ont atteint le maximum des versements annuels.

« Le déposant marié, qui justifiera, soit de sa séparation de corps, soit de sa séparation de biens contractuelle ou judi-

remarquer qu'il serait logique de donner à la femme à qui l'on veut concéder un pécule à elle, le droit d'ester en justice, sans autorisation maritale, à l'effet de poursuivre au besoin le paiement des salaires qu'elle a gagnés. « Il serait surprenant que, s'accordant assez à reconnaître à la femme la propriété de ce qu'elle a gagné, nous dit M. Hubert Valleroux, on lui contestât le droit d'agir en justice pour réclamer ou pour défendre cette propriété. » Cette remarque nous paraît très judicieuse. Cpr. proposition Grosjean précitée, art. 2.

(1) Cette caisse a été créée par une loi du 18 juin 1850. — V. *Lois annotées* de Sirey, 1850, p. 141 et 1887, p. 147, avec un résumé des lois successives qui avaient modifié la loi de 1850. — V. *Rép.* Dalloz, v° *Secours publics*, n. 281 s., et *Supp., eod.* v°, n. 249 s. ; *Rép.* Fuzier-Herman et Carpentier, v° *Caisse nationale des retraites.*

(2) Rappr. L. 1er avril 1898, art. 12 sur soc. sec. mutuels et la L. du 3 fév. 1902, art. 3 sur soc. de prévoyance à durée illimitée.

(3) V. rapport Audiffred, Doc. parlem. Ch., 1897, p. 123, col. 2e *medio* (*J. off.* 14 avril 1897).

ciaire, sera admis à effectuer des versements à son profit exclusif.

« En cas d'absence ou d'éloignement d'un des deux conjoints pendant plus d'une année, le juge de paix peut accorder l'autorisation de faire des versements au profit exclusif du déposant. La décision peut être frappée d'appel devant la chambre du conseil du tribunal de première instance » (art. 13, al. 3 s. de la loi du 20 juillet 1886).

695. On aurait, certes, beau jeu à critiquer parfois la forme de ce long texte. Le mari, quoi qu'il en dise, par exemple, n'*assiste* pas sa femme, il l'*autorise*. Il serait aussi plus simple de parler du *régime matrimonial* plutôt que du régime du contrat de mariage des époux. Chose encore plus grave, si l'alinéa commençant par ces mots : « Peut néanmoins », ne fait pas naître de graves controverses, il ne faudra pas attribuer cet heureux résultat à la limpidité de sa rédaction.

696. Mais, étudions les dispositions contenues dans ce texte. Voyons en quoi ils dérogent au droit commun.

Le principe fondamental est que les rentes viagères sur la caisse nationale des retraites sont personnelles. Elles n'entrent pas dans l'actif de la communauté. Il eût été, en effet, désastreux d'obliger la femme commune en biens à abandonner tout droit à cette rente viagère en cas de renonciation à la communauté (1).

Aussi la loi déduit du principe cette première conséquence, à savoir que les versements antérieurs au mariage restent propres à celui qui les a faits.

D'autre part, il ne faut pas que les versements opérés par l'un des deux époux pendant la communauté profitent à l'un plutôt qu'à l'autre. Ils seront nécessairement inscrits pour moitié au compte de chacun d'eux (2).

La maxime égoïste « *chacun pour soi* » ne peut être invoquée entre conjoints que s'ils sont séparés de corps ou même simplement séparés de biens, ayant chacun leurs revenus distincts, les dissipant entièrement ou se ménageant à leur guise des économies. Il en sera de même si la vie

(1) V. *supra*, I, n. 468.
(2) V. *infra*, I, n. 852.

commune a cessé depuis plus d'une année en raison « de l'absence ou de l'éloignement » d'un des époux.

697. La loi de 1886 ne nous dit pas clairement ce qu'il adviendra des versements faits par des époux mariés sous le régime dotal ou sous le régime exclusif de communauté. Mais elle semble laisser ces versements soumis à cette règle: qu'ils profitent par moitié à chacun des époux, puisque l'exception ne comprend que le régime de séparation de biens judiciaire ou contractuelle et le régime de paraphernalité générale, seul assimilable à la séparation de biens contractuelle. C'est une dérogation au principe d'après lequel les fruits des biens dotaux appartiennent exclusivement au mari. Mais il n'est pas contraire à l'équité d'obliger celui-ci, s'il veut se ménager une rente sur la caisse des retraites, à faire inscrire cette rente moitié sur sa tête, moitié sur la tête de sa femme, du moins en tant que la rente correspond aux versements opérés au cours du mariage.

698. Alors même que la proposition votée en 1896 par la Chambre des députés prendrait place parmi nos lois, la femme mariée, désormais maîtresse du produit de son travail, ne pourrait pas l'employer à des versements à la caisse des retraites dont elle aurait le profit exclusif, à moins d'être séparée de biens ou abandonnée depuis plus d'un an par son mari.

§ III. *Exercice des actions en justice sous le régime de la communauté.*

699. L'exercice des actions en justice sous le régime de la communauté mérite d'être étudié à part (1).

Sans doute, aucune difficulté ne s'élève quand il s'agit d'exercer devant les tribunaux les actions relatives aux biens demeurés propres au mari.

Le droit commun ne comporte, ici, aucune dérogation.

Mais il n'en est plus de même lorsque le droit contesté

(1) V. *supra*, I, n. 646.

ou méconnu dépend de la communauté ou appartient en propre à la femme.

Nous ne parlerons pour le moment que de l'exercice des actions dépendant de la communauté. L'étude des actions relatives aux propres de la femme ne peut trouver place qu'après la théorie générale de l'administration des biens propres de l'épouse (1).

700. Le législateur ne s'est pas occupé directement de l'exercice des actions dépendant de la communauté. Mais l'article 1428, attribuant en principe au mari le pouvoir d'exercer seul bon nombre des actions de la femme, il est bien clair, *a fortiori*, que ce mari a le libre exercice de toutes les actions mobilières et immobilières qui se réfèrent aux biens communs (2).

Ce pouvoir dérive nécessairement des attributions si étendues que l'article 1421 donne au mari, seul administrateur de la communauté. Lui seul a qualité pour plaider relativement aux biens communs et pour faire valoir, comme demandeur ou défendeur, les droits réels ou personnels compris dans l'actif de la communauté. L'assignation serait donc nulle si elle n'était pas signifiée à la requête du mari, ou si, au lieu d'être adressée au mari, elle l'était à la femme.

Ceci ne peut pas faire de doute à l'égard des droits entrés en communauté du chef du mari ou par suite des contrats qu'il a lui-même consentis durant le mariage.

Mais le principe est également vrai des droits qui sont entrés en communauté du chef de la femme (3), par exem-

(1) V. *infra*, I, n. 732 s.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 872-873; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, p. 334 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 754 ; Arntz, *op. cit.*, III n. 645 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 4186 s, et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté* n. 1186 s.

(3) V. Paris, 14 nov. 1880, S., 82. 2. 17. Cet arrêt applique le principe comme une règle incontestable. — V. égal. Paris, 23 mai 1873, et Req., 15 avril 1874, S., 75. 1. 341, D., 75. 1. 67. Il en résulte que la femme est non recevable à *intervenir*, quand elle n'a pas d'intérêt distinct de celui du mari ; elle est représentée par celui-ci, et ce qui est jugé contre lui est opposable à la femme. — Bordeaux, 6 juin 1899, J. Bordeaux, 1900. 3. 4 et la note. — *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1191, 1192. — Aj. Gand, 13 janv. 1894, D. 95. 2. 372 et 23 mars 1895, D. 96. 2. 294. — Cpr. J. Remiremont, 11 août

ple des droits sur les meubles qu'elle possédait avant le mariage ou qui lui sont échus à titre de succession pendant sa durée. Et ce que nous disons des droits est vrai aussi des obligations, avec une différence cependant. En effet, de ce qu'une obligation est tombée à la charge de la communauté, il n'en résulte point que l'époux primitivement obligé soit dégagé vis-à-vis du créancier. L'article 1419 nous en donne l'exemple le plus frappant. Une obligation entrée du chef de l'épouse dans le passif commun, n'en est pas moins une dette de la femme, d'abord aux yeux du créancier, qui, s'il désire avoir un titre exécutoire contre la femme, le mari et la communauté, et aussi prendre une inscription d'hypothèque judiciaire sur les immeubles de l'épouse aussi bien que sur les propres du mari et sur les conquêts, devra assigner les deux conjoints et obtenir jugement contre l'un et l'autre.

701. Il résulte de ce que nous venons de dire que la femme pourra, sans nulle difficulté, être appelée dans les causes où une condamnation sera sollicitée personnellement contre elle.

Est-il besoin d'ajouter qu'alors l'adversaire pourra tenter d'obtenir d'elle un aveu en provoquant une comparution personnelle, un interrogatoire sur faits et articles (1) ?

702. Mais la question devient fort délicate lorsqu'aucune condamnation ne peut être prononcée contre la femme personnellement. Selon la remarque de Boncenne (2), la question a été nettement posée par Imbert en 1542 (3). Il cite également Rebuffe (4).

1893, D. 94. 2. 211 et civ. rej. 11 nov. 1895, D. 96. 1. 41 (cas de collusion). — V. d'ailleurs *infra*, I, n. 736 s.

(1) Pour que la femme puisse valablement prêter un serment ou le déférer, elle a besoin d'une autorisation spéciale de son mari ou de la justice, la délation ou la prestation de serment équivalant à l'offre ou à l'acceptation d'une transaction (Demolombe, *op. cit.*, XXX, n. 583, 585). L'autorisation générale de plaider qui suffit pour la comparution personnelle et l'interrogatoire sur faits et articles, n'est-elle pas insuffisante pour permettre à la femme de déférer ou de prêter le serment ? Nous le pensons.

(2) Boncenne, *Théorie de la procédure civile* (1839), IV, p. 526.

(3) Imbert, *Practique*, liv. I, chap. XXXVIII, n. 4.

(4) Rebuffe, *Tract. de respons.*, art. 4. *glossa una*, n. 4.

Il s'agit de savoir si la femme peut être interrogée sur faits et articles, dans un procès relatif aux biens communs ou à une obligation exécutoire sur les biens communs et non sur ceux de l'épouse.

L'affirmative compte de nombreux partisans. La femme est, dit-on, copropriétaire des biens communs. Elle est donc intéressée. Son mari la représente comme une sorte de mandataire légal.

Ce point de départ établi, les partisans de cette opinion se divisent. Les uns sont d'avis qu'un jugement à fin d'interrogatoire peut être directement sollicité (1). D'autres croient utile de mettre au préalable l'épouse en cause (2).

Malgré la faveur traditionnelle de cette thèse qui aide, singulièrement, dit-on, à la découverte de la vérité, nous éprouvons des doutes très sérieux (3). Cette théorie suppose que la femme se trouve légalement au procès en la personne du chef de la communauté, et que, dès lors, il est permis de la faire comparaître pour les mesures d'instruction qui ne comportent pas la représentation d'une personne par une autre. Mais, est-ce bien ainsi qu'il faut analyser le rôle du mari chef de la communauté ? La négative est remarquablement déduite dans les motifs d'un arrêt de la cour de Paris du 21 juillet 1860 (4), intervenu dans une affaire où il s'agissait de savoir si la femme pouvait être interrogée sur la dissimulation prétendue d'une partie du prix d'une étude de notaire, dissimulation à laquelle l'adversaire soutenait qu'elle avait été mêlée et qui intéressait directement la

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n. 3; Carré et Chauveau, *Quest.*, 1224 ; Boncenne, *op. cit.*, IV, p. 526; Bioche, *Dict. de procéd.*, v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n. 34; Boitard et Colmet-Daage, I, n. 522; Garsonnet, *Tr. de procéd.*, II, p. 123, texte et note 24. — Poitiers, 13 fév. 1827. — Req., 28 avr. 1827, D. *Rép.*, v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n. 17.

(2) Rodière, *Exposé rais. des lois de comp. et de la procéd.*, II, p. 214 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 873 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 757 *bis* ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1198, 1199 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1198, 1199 et v° *Interrogatoire sur faits et articles*. — Caen, 10 avr. 1823 — Metz, 16 juin 1827. D. *Rép.*, v° *cit.*, n. 16.

(3) Cpr. Pigeau, I, p. 193 ; Berriat-Saint-Prix, I, note 5 ; Bonnier, *Procéd. civ.*, n. 264 ; Thomine-Desmazures, I, n. 375.

(4) Paris, 21 juill. 1860, S., 60. 2. 537, *J. P.*, 60. 1. 984.

communauté, laquelle aurait seule bénéficié de la somme dissimulée. La cour de Paris a, très sagement, décidé que la femme ne pouvait pas être interrogée. Est-ce bien, en effet, d'un interrogatoire qu'il est ici question ? L'aveu n'est opposable qu'à son auteur. Or, il s'agissait d'obtenir de la femme un témoignage interdit par l'article 268 du code de procédure civile, témoignage à l'aide duquel on aurait condamné le mari et non la femme.

703. Le mari a donc seul le droit de plaider sur les biens communs. Il lui est loisible d'acquiescer à une demande ou de se désister.

De même, il lui est permis de transiger (1). D'après l'article 2045, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. Ceci posé, le mari a le droit d'aliéner à titre onéreux ou à titre gratuit les meubles communs. Quant aux immeubles, il n'a pas, il est vrai, le droit d'en disposer à titre gratuit sans le concours de sa femme. Nous croyons cependant qu'il peut transiger sans ce concours. Une transaction faite sans fraude, — et la fraude ne se présume pas, — ne peut pas être assimilée à une libéralité. Elle ne saurait exiger la même capacité et les mêmes pouvoirs.

Quant au compromis, qui suppose, nous dit l'article 1003 du code de procédure civile, la libre disposition des droits qui en font l'objet, il semble que le mari n'a le pouvoir de compromettre que sur les droits dont il pourrait disposer même à titre gratuit dans les limites tracées par l'article 1422 (2).

704. Des principes que nous venons de dégager, il résulte que c'est contre le mari seul que doivent être poursuivies les saisies de biens meubles ou immeubles qui font partie de l'actif commun.

Il en est ainsi spécialement pour les saisies de créances tombées en communauté du chef de la femme.

705. Pour les mêmes raisons, la signification de la cession

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 874 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 756.

(2) Bourges, 17 avril 1841, *J. P.*, 42. 1. 272. — *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1188.

d'une créance existant contre la communauté doit être adressée par le cessionnaire au mari, bien que la dette ait été souscrite par la femme (1). Quant à la signification adressée à cette dernière, elle n'aurait aucune valeur légale à l'égard de la communauté. Vainement le cessionnaire objecterait-il que la dette a été contractée par l'épouse et qu'elle est demeurée débitrice après l'entrée de cette dette dans le passif commun. Ceci prouve que la signification est également utile à l'égard de la femme, surtout pour le temps qui suivra la dissolution de la communauté. Mais cela n'établit nullement qu'une signification spéciale ne doive pas être adressée au mari.

Observons qu'il ne faut pas traiter la femme comme un codébiteur solidaire représentant en qualité de mandataire l'autre coobligé, le mari, et pouvant recevoir valablement pour lui la signification. On sait, du reste, que si la signification du transport à un seul des codébiteurs solidaires équivaut, *en droit*, à la saisine à l'égard de tous les codébiteurs ; *en fait*, elle laisse subsister les paiements opérés de bonne foi par les codébiteurs qui ignoraient la signification (2).

706. Le mari a, d'autre part, seul qualité pour notifier une surenchère du dixième, la créance hypothécaire appartenant à la communauté (3).

707. On peut prévoir qu'une action ait été commencée contre le mari au cours de la communauté et soit encore pendante au moment de sa dissolution. Dans ce cas spécial, une distinction doit être présentée.

Si l'affaire est en état au moment de la dissolution de la communauté, le jugement peut être valablement rendu sans

(1) Bourges, 18 juin 1839, *J.P.*, 45. 1. 495, D. 40. 2. 215 et D. *Rép.*, v° *Faillite*, n. 616. — Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 872 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 758.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, IV, § 359 *bis*, texte et note 6, p. 427, 428. — Rouen, 14 juin 1847, S., 49. 2. 25, D., 49. 2. 241. — Cpr. Toulouse, 11 janv. 1831, S., 31. 2. 217.

(3) Paris, 4 mars 1815, S. chr., *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1187.

reprise d'instance (art. 342 et 343 C. pr. civ.). Il est opposable à l'épouse ou à ses représentants.

Si l'affaire n'est pas en état, alors, l'instance étant continuée entre le mari ou les héritiers du mari et l'adversaire sans que la femme ou ses héritiers soient appelés ou interviennent, les actes de procédure et le jugement ne leur sont pas opposables. D'autre part, comme ils cessent de plein droit d'être parties à l'instance, — le mari ou ses héritiers ne plaidant plus qu'en leur nom personnel, — l'épouse ou ses représentants, étrangers à l'instance, ne peuvent ni en demander la péremption ni agir en reprise d'instance (1).

708. Observons enfin que si le mari, non interdit, est placé ou retenu dans un établissement d'aliénés, les actions judiciaires qui intéressent la communauté seront dirigées contre un mandataire spécial nommé conformément à l'article 33 de la loi du 30 juin 1838. Les jugements ainsi rendus au profit ou contre ce mandataire *ad litem* profiteront et seront opposables à la femme, qui ne saurait former tierce opposition à leur encontre (2).

SECTION II

DE L'ADMINISTRATION DES BIENS PERSONNELS DE LA FEMME

709. Le législateur ne consacre à cette matière que trois articles, les articles 1428 à 1430. En tête du premier de ces textes, nous trouvons le principe général ainsi libellé: « *Le mari a l'administration de tous les biens personnels de* « *la femme.* »

710. Sans aller, à l'exemple de la législation anglaise d'avant 1870, jusqu'à absorber la personnalité de la femme dans celle du mari, notre très ancien droit donnait à ce dernier l'administration et la jouissance des biens de l'épouse,

(1) Civ. cass., 13 juin 1830, S. chr. — Req. 30 janv. 1843, S., 43.1.362; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 373; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1200, 1201.

(2) Aix, 6 juill. 1865, S., 66.2.213. — Bordeaux, 18 juill. 1888, S., 89.2.64, D., 90.2.51. — Req., 2 juin 1836, S., 90.1.322, D., 87.1.133.

de même qu'il confiait au père l'administration et la jouissance des biens de ses enfants (1).

La puissance paternelle et la puissance maritale produisaient des effets analogues.

L'empire des traditions est si puissant que, dans le code civil, nous verrons l'article 1531 déclarer que « le mari *conserve*, — sous le régime exclusif de la communauté, — l'administration des biens meubles et immeubles de la femme. » Et l'article 1530 décide de son côté que cette clause d'exclusion de communauté « *ne donne point à la « femme le droit d'administrer ses biens ni d'en percevoir « les fruits* (2). » Ces idées d'assimilation des puissances maritale et paternelle perdent chaque jour du terrain.

Mais d'autres raisons justifient le droit d'administration du mari. La communauté ayant la jouissance des biens propres des époux (art. 1401-2°), cette sorte d'usufruit a, en effet, pour conséquence logique d'attribuer l'administration des biens qui en sont l'objet au chef de cette communauté. De plus, le mari n'est pas ici comme un usufruitier étranger au nu propriétaire. Il est le représentant et le mandataire légal de la femme.

711. Ceci posé, l'article 1388 interdisant également les dérogations aux droits résultant de la puissance maritale et à ceux qui appartiennent au mari comme chef, nous croyons, en reconnaissant qu'il est très permis d'hésiter et d'adopter l'avis contraire, qu'il faudrait annuler toute clause du contrat de mariage tendant à restreindre les droits du mari sur ceux des biens personnels de la femme dont la communauté a la jouissance et dont il est l'administrateur. Serait nulle, par exemple, la clause qui obligerait le mari à prendre l'avis de sa femme pour affermer les biens personnels de celle-ci ou qui lui interdirait d'en passer bail pour neuf années (3).

712. D'autre part, il est certainement permis d'enlever au

(1) Lebrun, *Communauté*, liv. II, Chap. II sect. IV, n. 2.

(2) V. *infra*, III, n. 1462, 3. — V. aussi les observations du tribun Duveyrier sur l'art. 1428, Fenet, XIII, p. 745.

(3) V. *supra*, I, n. 21.

mari, sous le régime de la communauté, la jouissance et l'administration de certains biens de l'épouse. Déclarer nulle une telle clause serait interdire de combiner le régime de séparation de biens avec celui de la communauté, alors que tout le monde admet la possibilité d'une combinaison entre la communauté et le régime dotal (art. 1581) (1).

712 *bis.* Rien ne s'oppose non plus à ce que, par une clause du contrat de mariage, la femme se réserve les revenus de certains de ses biens. Nous ne considèrerons pas, pour cela, comme soumis au régime de séparation, ces biens dont une partie ou même la totalité des revenus aura été réservée à l'épouse, qui pourra les toucher sur ses seules quittances (art. 1534 et 1549, al. 3). Une telle clause n'empêche pas les biens, même sous le régime dotal, de conserver la qualité de biens dotaux (2). Le moment n'est pas venu de l'étudier, car elle se rattache plus spécialement, soit au régime exclusif de communauté (3), soit au régime dotal (4). Nous nous bornerons à constater, ici, que le mari conserve l'administration des biens dont la jouissance seule a été réservée à la femme (5).

Étant donné que des sommes ont été réservées par le contrat de mariage à la femme commune en biens, par exemple pour subvenir à sa toilette et à ses œuvres de charité, ces sommes ne peuvent pas être retenues par le mari. « Elles sont exclues de la communauté », lisons-nous dans un arrêt de la cour de cassation (6). Peut-être est-ce beaucoup dire, et le motif a sans doute dépassé la pensée du rédacteur de l'arrêt. La femme aurait-elle donc pu garder pour elle seule les économies qu'elle aurait réalisées sur ces sommes ? Non, évidemment.

(1) Troplong, *op. cit.*, II, n. 974; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 902; Arntz, *op. cit.*, III, n. 660 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 121; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, texte et note 4, p. 343; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 761. — Mérignhac, *op. cit.* I, n. 1306 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1306 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 179.

(2) Req., 2 juill. 1885, S., 85.1.420.

(3) V. *infra*, III, n. 1475, 1476.

(4) V. *infra*, III, n. 1643.

(5) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, texte et note 3, p. 343.

(6) Civ. rej., 16 avril 1867, S., 67.1.252. D., 67.1.221.

Mais, dans l'espèce sur laquelle notre arrêt a statué, le mari avait indûment retenu les sommes en question. Il avait d'autant plus injustement privé la femme d'un droit consacré par le contrat de mariage, qu'il n'avait pas pourvu aux dépenses de celle-ci, bien qu'elle eût vécu loin du domicile conjugal par suite des torts du mari. On a donc pu dire que la somme dont la femme avait été ainsi injustement privée, était *sa propriété personnelle* (1). On aurait pu ajouter que le mari doit subvenir aux dépenses de l'épouse, même quand elle habite loin du domicile conjugal, si elle ne s'en est éloignée qu'en raison des torts de son conjoint (2).

713. Il va sans dire que les clauses dont nous venons de parler pourraient être insérées dans un acte de donation ou dans un testament fait au profit de la femme, pendant la communauté (arg. art. **1401** *in fine*).

714. Quoi qu'il en soit des limitations que le contrat de mariage, un acte de donation ou la volonté d'un testateur peuvent apporter à l'administration des biens personnels de la femme par le mari, cette administration a une durée limitée par la durée même de la communauté. Elle commence dès que le mariage est célébré, pour finir à la dissolution de la communauté.

715. Nous ne croyons pas que les actes accomplis par le mari, en qualité d'administrateur des biens propres de l'épouse, aient besoin d'acquérir date certaine avant cette dissolution. La loi belge du 28 avril 1850, qui contient une disposition

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, texte et note 4, p. 343.

(2) Une réserve, du genre de celle que nous venons de prévoir pour la femme, pourrait-elle être faite au profit du mari ? On ne la comprendrait pas, en tant que son seul but serait de laisser au mari la libre disposition de certains de ses revenus. N'est-il pas maître de faire ce qu'il veut de tous les revenus des trois patrimoines que les art. 1401-2° et 1421 centralisent entre ses mains ? Mais on ne saurait qualifier d'inutile la clause qui soumettrait au régime de séparation certains biens du mari, en ce sens que les économies qu'il réaliserait sur les revenus de ces biens n'entreraient pas dans l'actif commun. Cette stipulation, bien peu pratique, se rattache à la question générale de savoir si la communauté peut exister entre les époux sans comprendre tous les acquêts. Nous l'examinerons en traitant de la communauté réduite aux acquêts immeubles, qui parfois est stipulée dans quelques-unes des parties de la Normandie. — V. *infra*, II, n. 1322.

formelle en ce sens (1), nous paraît consacrer, sur ce point, l'application du droit commun. En effet la femme, représentée aux actes dont il s'agit par son conjoint agissant comme mandataire légal ou conventionnel, n'est pas un tiers, bien que le mandat n'ait pas été donné pour tels ou tels actes déterminés (2).

La même solution s'applique aux actes faits par le mari en qualité de chef de la communauté (3).

716. Mais que déciderons-nous pour les actes d'administration qui, paraissant avoir été faits par la femme avant la célébration du mariage, n'ont pas acquis date certaine avant cette époque? L'article 1410 ne considère-t-il pas la communauté comme un tiers vis-à-vis de la femme (4) ?

La question peut être généralisée : on peut se demander si un usufruitier a le droit de répudier les actes d'administration qui n'auraient pas date certaine avant la constitution de son usufruit. Ou, même, un acquéreur quelconque peut-il considérer comme non-avenus, par exemple, les baux qui n'ont pas date certaine avant son acquisition? La réponse à cette question est faite par l'article 1743. Il résulte de ce texte que l'acquéreur de la chose louée ne peut pas expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine à moins que ce droit n'ait été réservé dans le contrat de bail. Mais la communauté est-elle vraiment un tiers à tous les points de vue vis-à-vis de la femme? Cette communauté n'acquiert pas sur les biens personnels de l'épouse un véritable usufruit, droit réel soumis à la transcription pour pouvoir être opposé aux tiers. Nous venons de constater aussi que le mari, chef de la communauté, n'est, quant à l'administration des propres de sa femme, qu'un mandataire légal. Il serait bien étrange qu'un mandataire eût le

(1) Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 113-116.

(2) Troplong, *Mandat*, n. 763; Demolombe, *op. cit.*, XXIX, n. 518; Larombière, *op. cit.*, VI, sur l'art. 1328, n. 38; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 765. — Req., 13 mars 1854, S., 54.1.529, D., 54.1.100. — Nancy, 25 juill. 1868, S., 69.2 86.

(3) V. *supra*, I, n. 641.

(4) V. *supra*, I, n. 514 s.

droit de traiter son mandant avec plus de défiance que celui-ci n'en montre à son égard.

L'article 1410 est spécial aux obligations contractées par la femme et a pour but unique de faire respecter la puissance maritale, qui n'est pas en cause dans notre espèce. L'épouse qui ne peut pas s'obliger sans l'autorisation de son mari, peut, en effet, sans cette autorisation, faire des actes d'administration. La seule utilité de la date certaine, ce serait ici d'empêcher la femme de continuer, après la célébration du mariage, une administration qui se trouve transférée au mari. Il serait donc trop rigoureux d'étendre le principe de l'article 1410 à notre hypothèse.

717. Sous le bénéfice des observations qui précèdent nous allons étudier successivement :

1° Les obligations et la responsabilité du mari administrateur des biens personnels de la femme ;

2° L'étendue de ses droits ou de ses pouvoirs au point de vue des actions, des aliénations, des acceptations de successions et des baux.

§ 1. *Obligations et responsabilité du mari administrateur des biens personnels de la femme.*

718. L'administration des biens personnels de la femme ne confère pas seulement des droits au mari ; elle lui impose des obligations. A ce point de vue, sa situation est presque identique à celle de tout usufruitier, avec cette différence seulement qu'il doit aide et protection à l'épouse propriétaire des biens dont la communauté a la jouissance.

Le législateur n'a pas voulu que le mari, — tandis que cette responsabilité disparaît presque totalement quand il s'agit de biens communs, — se fît illusion sur sa responsabilité en tant qu'administrateur des biens personnels de son conjoint. Aussi lisons-nous dans le dernier alinéa de l'article 1428 une disposition ainsi conçue : « *Il est responsable* « *de tout dépérissement des biens personnels de sa femme* « *causé par le défaut d'actes conservatoires.* »

719. Constatons, dès le début de cette étude, que cette res-

ponsabilité du mari retombe en réalité sur la communauté, que le mari engage par ses délits ou quasi-délits. Par conséquent la femme supportera en réalité la moitié de la perte causée par la mauvaise gestion de son époux (1). Plus tard, nous verrons dans quelle mesure il pourrait exister de ce chef une cause de séparation de biens (2).

720. Quant à la diligence exigée du mari, elle est celle d'un bon père de famille, comme en matière d'usufruit.

Le mari doit donc accomplir, pendant la communauté, tous les actes conservatoires des droits demeurés propres à la femme : renouveler les inscriptions hypothécaires, produire aux ordres, interrompre les prescriptions contre les débiteurs, faire toutes les démarches utiles pour recouvrer les créances sur des tiers dont la solvabilité peut disparaître ou s'amoindrir, provoquer des arrêtés de compte, exercer des poursuites, faire dresser inventaire des meubles échus à l'épouse, etc.

721. En ce qui concerne les prescriptions qui courent contre la femme, si leur interruption n'est plus possible que par une action pétitoire immobilière dont le mari, nous le verrons bientôt (3), n'a pas l'exercice, il doit du moins avertir la femme, afin qu'elle puisse agir, elle-même, en temps utile (arg. art. 614) (4).

Il importe peu que la prescription ait commencé avant le mariage, la négligence devenant d'autant plus grave que cette prescription est plus près de s'accomplir (5).

Cependant la responsabilité du mari ne serait pas engagée, si ce dernier n'avait pas eu, après la célébration du

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 916 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 71 *bis*, XXIII; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 126; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 781 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1406 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1406.

(2) V. *infra*, II, n. 905 s.

(3) V. *infra*, I, n. 743 s.

(4) Laurent, *op. cit.* XXII, n. 130 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 780 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1397 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 190.

(5) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 306 ; Toullier, *op. cit.*, XII, n. 414 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 915 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, texte et note 6, p. 343 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 780 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1396, et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1396.

mariage, le temps nécessaire pour constater le danger imminent de la prescription et y parer (1).

722. Un arrêt de la Cour de cassation, émané de sa chambre des requêtes, le 8 février 1853 (2), semble rendre le mari responsable des placements des capitaux de la femme. Mais voici dans quelle mesure. Les sommes provenant du prix des biens propres aliénés tombent dans la caisse de la communauté, comme toutes les sommes reçues par le mari au cours du mariage. La femme en est créancière et non propriétaire, ainsi que nous le verrons en étudiant la théorie des *prélèvements* (3). Les placements faits par le mari seront donc pour le compte et aux risques et périls de la communauté. Ils ne seraient aux risques de la femme que si celle-ci était devenue propriétaire de la créance nouvelle, par un remploi conforme aux articles 1434-1435 et au contrat de mariage. En dehors de ce cas, toute perte est pour la communauté, sans même qu'il soit nécessaire d'établir une faute quelconque du mari.

En fait, la cour de Toulouse, dans l'arrêt contre lequel le pourvoi a été vainement formé, n'a nullement méconnu ces principes, pas plus que la chambre des requêtes de la Cour suprême.

La Cour de Toulouse a rejeté la prétention du mari qui se disait libéré des reprises de sa femme, parce qu'il avait confié à celle-ci des sommes supérieures à leur montant, sommes qu'elle avait placées plus ou moins témérairement. La Cour a répondu, avec raison, que la femme avait fait ce placement en qualité de mandataire de son mari.

Le texte de l'arrêt mérite d'être cité ; le voici : « Attendu que la dame D..., *créancière de son mari,* n'a pas changé de position à son égard, en acceptant de lui le mandat de toucher et de placer les capitaux provenant de la vente de ses propres ; qu'en acceptant ledit mandat, elle n'a pas agi

(1) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 415; Troplong, *Prescription*, II. n. 761 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 915 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 780 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1398.

(2) S., 53. 1. 425, D., 53. 1. 34. — Huc, *op. cit.*, IX, n. 190.

(3) V. *infra*, II, n. 1120 s.

pour *son compte personnel,* mais *qu'elle a fait les affaires de la communauté* au nom et sous la responsabilité de son mari qui en est le chef... (1). »

L'arrêt de la Chambre des requêtes reproduit la même doctrine, mais il perd en clarté par suite d'un rappel, au moins inutile, de la règle d'après laquelle le mari est responsable de l'administration des biens personnels de l'épouse. Or il ne s'agit pas, ici, de l'administration d'un bien de la femme, mais d'un placement de deniers dont la communauté est propriétaire.

A vrai dire, les placements faits *au nom* de l'épouse ne seront à ses *risques* que si elle les a *consentis* elle-même ou *acceptés.* Ils engageront donc bien rarement la responsabilité du mari considéré comme coupable de les avoir témérairement choisis, la femme ayant elle-même participé à ce choix (2).

723. Une des plus importantes obligations du mari est de recouvrer, en temps opportun, les créances de la femme.

Parmi ces créances, il s'en trouvera fréquemment qui auront été créées à titre de constitution de dot au profit de l'épouse. Quoique le débiteur soit un donateur, le mari n'en doit pas moins faire toutes les diligences nécessaires pour recevoir ce qui est dû à la femme.

Cette obligation du mari a été, sous le régime dotal, l'objet d'une réglementation particulière (art. 1569) (3). Sous la communauté, elle est soumise au droit commun. La femme ne pourra donc rejeter sur le mari la perte de la dot que si elle démontre que cette perte a pour cause une faute de son conjoint (4).

(1) S., 53.1. 426. 12e ligne et s.

(2) *Contra* Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 914 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 779. — M. Guillouard, qui, après Rodière et Pont, donne à l'arrêt de la chambre des requêtes du 8 fév. 1853 une importance que nous lui avons contestée, cite, à tort, Aubry et Rau et M. Colmet de Santerre dans le même sens (V. Guillouard, *op. cit.*, II, n. 779, note 2). Ces auteurs ne citent pas les placements des capitaux de la femme parmi les actes dont le mari serait responsable.

(3) V. *infra*, III, n. 1883 s.

(4) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, texte et note 7, p. 343 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 126, p. 142 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 914 ; Guillouard, *op.*

En tout cas, la perte serait pour la femme si, lors de l'échéance de la dot, le constituant était déjà insolvable (1).

724. Observons que le mari doit acquitter tous les impôts qui sont une charge des revenus des biens propres de l'épouse. Il doit faire l'avance des droits fiscaux, alors même qu'ils devraient être finalement supportés par elle.

Le mari serait responsable du défaut de déclaration à l'Enregistrement, dans les délais impartis par la loi, d'une succession échue à sa femme.

A plus forte raison, serait-il responsable du paiement des droits en sus ayant pour cause une insuffisance de déclaration (2).

725. Dans les développements qui précèdent, il a été particulièrement question des meubles et créances. Mais il faut appliquer à l'administration des immeubles de la femme les principes ci-dessus formulés.

Le mari doit les administrer en bon père de famille et accomplir tous les actes conservatoires utiles tant en fait qu'en droit. Il est tenu de cultiver les terres ou de les affermer, de veiller à ce que l'exploitation n'ait rien d'abusif et ne compromette pas l'avenir.

S'agit-il de bâtiments ? Il doit, ou bien les louer, si telle est leur destination, ou bien les utiliser normalement, s'ils restent à la disposition de la communauté. Dans tous les cas, il est obligé de pourvoir à leur bon entretien et de faire faire toutes les réparations, sans distinguer entre celles de ces réparations qui sont une charge de la communauté dans les termes indiqués précédemment (3), et les grosses répara-

cit., II, n. 779 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 190 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1401, 1403, 1404 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1401, 1403, 1404. — Civ. rej., 19 janvier 1863, S., 63. 1. 86. — Dijon, 11 mai 1888, S., 88. 2. 239. — Paris, 27 juin 1894, *Gaz. Trib.*, 24 août 1894 et *Gaz. Pal.*, Table. 1894, II, v° *Communauté*, n. 26, p. 41.

(1) Req., 22 juill. 1889, S., 93. 1. 405, et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1402.

(2) Bordeaux, 8 fév. 1843, S., 43. 2. 257. — Troplong, *op. cit.*, II, n. 1017 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 914 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 168 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 778 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1399. — V. égal. *supra* I, n. 556, note 2.

(3) V. *supra*, I, n. 491 s.

tions que le mari est tenu de faire exécuter à titre d'actes conservatoires des immeubles, sauf récompense au profit de la communauté (1).

Nous rencontrons, à cet égard, une différence notable entre la situation d'un usufruitier ordinaire et celle du mari administrateur des biens propres de la femme.

Signalons, en passant, qu'il ne faut pas confondre avec les grosses réparations une reconstruction totale, qui peut n'être pas nécessaire et ne rentrerait pas alors dans les pouvoirs du mari (2).

726. Est-il besoin de répéter que le mari doit conserver la possession des immeubles, empêcher les envahissements des voisins, et doit, ou bien agir lui-même pour réprimer les usurpations, par exemple, au moyen des actions possessoires, ou avertir la femme d'avoir à plaider elle-même, s'il faut recourir à l'action pétitoire ? Nous reviendrons bientôt sur ce point à propos de l'exercice des actions (3).

727. Le mari sera-t-il considéré comme responsable de l'incendie qui a détruit une partie ou la totalité d'un bâtiment appartenant en propre à la femme ? La doctrine et la jurisprudence sont actuellement d'accord pour rattacher l'article 1733 et la responsabilité du locataire en cas d'incendie au droit commun formulé par l'article 1302 (4). L'usufruitier est donc, comme le locataire, tenu d'indemniser le propriétaire des dégâts causés par l'incendie, à moins de prouver qu'il a eu lieu sans faute de sa part ou de la part de ceux dont il est responsable.

On pourrait peut-être objecter que la responsabilité cesse quand le propriétaire habite lui-même une partie de l'immeuble incendié, et que la responsabilité du mari, lorsque la

(1) V. *infra*, I, n. 839 s.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 850, 851, 914 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 641, note 20, p. 86 ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 260 ; Marcadé, sur l'art. 1409, n. 5 ; Guillouard, *op. cit.*, II n. 777 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 190 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1105 à 1108 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1105 à 1108. — Paris, 4 janv. 1842, *Journ. Pal.*, 42. 1. 173. — Poitiers, 19 lév. 1829, S. chr.

(3) V. *infra*, I, n. 732 s., spécial., n. 743 s.

(4) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, I, n. 750 s.

maison incendiée est l'habitation commune, se trouvera singulièrement atténuée, sinon supprimée, par cette circonstance que la femme habite avec l'époux qu'elle entend rendre responsable. On serait tenté d ajouter que l'incendie a peut-être pour cause une imprudence de la femme elle-même, et qu'il serait injuste qu'elle s'en fît indemniser par son mari.

Nous répondrons que la femme est, dans l'immeuble, sous la dépendance ou du moins sous l'autorité et la protection du mari. Celui-ci est le chef; il est seul responsable. Nous avons vu d'ailleurs, les mêmes principes conduire à une solution identique, lorsqu'il s'agit de savoir qui doit être responsable des mauvais placements faits par la femme agissant comme mandataire de son mari.

Ce dernier est donc toujours responsable de l'incendie, à moins de prouver que cet incendie s'est produit sans sa faute, lorsque le bâtiment était resté à la disposition de la communauté. Si le bâtiment incendié était loué à des tiers, c'est à ceux-ci qu'incomberait la responsabilité. Il suffirait au mari d'établir, en cas d'insolvabilité du fermier ou du locataire, qu'il n'avait pas commis d'imprudence en l'acceptant comme détenteur de l'immeuble.

728. Mais pourrait-on considérer comme une faute du mari, engageant la communauté, le seul fait par lui de n'avoir pas assuré l'édifice contre l'incendie ? On répond d'ordinaire négativement. Peut-être cependant le mari serait-il responsable en ne renouvelant pas une assurance expirée, surtout si l'usage de tous les propriétaires prudents du pays est d'assurer leurs constructions contre l'incendie. L'assurance ne devient-elle pas ainsi, dans certains cas, un acte conservatoire, obligatoire pour le mari? Nous le croyons (1).

729. On s'est demandé si le mari pouvait atténuer sa responsabilité vis-à-vis de la femme et opposer, en compensation du préjudice causé aux biens propres de celle-ci par sa négligence, par le défaut d'entretien, etc., la plus-value résultant des améliorations par lui procurée aux immeubles personnels de l'épouse. L'affirmative s'impose, à notre avis, mais sans

(1) Cpr. J. Agen, 24 déc. 1891, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 66.

qu'il soit besoin de recourir à une compensation particulière. Celle-ci compliquerait inutilement la liquidation de la communauté. En effet, la récompense due par la femme en raison de l'amélioration de ses propres sera inscrite au *débit* du compte à établir entre elle et la communauté, tandis qu'on devra inscrire à l'*avoir* de ce compte la récompense due à la femme pour dégradation ou défaut d'entretien de ses biens propres. Or, nous verrons plus tard qu'une jurisprudence, aujourd'hui bien fixée, veut que la compensation, ou plutôt la balance du *débit* et de l'*avoir* de ce compte, soit établie avant que l'on ne procède aux rapports et prélèvements (1).

730. Mais, si le mari ne nous semble pas avoir un intérêt sérieux à réclamer le bénéfice d'une compensation spéciale, dont l'équivalent résulte de la balance des éléments actifs et passifs du compte de chaque époux avec la communauté, en sens inverse, il peut être fort intéressant de savoir si cette compensation est susceptible d'être écartée, de manière à permettre au créancier du prix des travaux d'amélioration d'en réclamer le paiement par une action *directe* contre la femme.

Cette action directe lui serait utile en cas d'insolvabilité du mari, pour échapper à la concurrence des autres créanciers de celui-ci.

731. Ceci nous oblige à rechercher quelles actions le constructeur peut avoir contre la femme propriétaire des immeubles qui ont été l'objet des travaux d'amélioration.

1° Que ce constructeur ait contre elle l'action oblique de l'article 1166, cela ne peut pas faire de doute. Mais cette action laisse le réclamant en concours avec les autres créanciers du mari. En outre il ne peut demander de cette manière que le solde de ce que l'épouse doit au mari ou à la communauté. Il subit ainsi la compensation opposable au mari et ne peut obtenir aucune condamnation contre la femme, s'il est établi par un compte sommaire, que, la balance une fois faite des reprises et des récompenses, la femme est plutôt créancière que débitrice.

(1) V. *infra*, II, n. 1083 s.

2° Le constructeur aura certainement une action directe contre la femme, — et même le droit d'être payé par préférence aux créanciers chirographaires de celle-ci, — dans le cas où, par extraordinaire, les formalités exigées par les articles 2103-3° et 2110 pour acquérir et conserver le privilège des ouvriers et architectes auront été remplies.

3° Il paraît généralemet admis aujourd'hui que l'auteur des améliorations ne pourrait pas agir directement contre la femme par l'action de gestion d'affaires. La Cour suprême avait cependant admis l'affirmative par un arrêt du 12 juin 1820, cassant un arrêt rendu par la Cour de Paris, le 24 décembre 1818 (1). On s'accorde désormais à reconnaître qu'on ne doit pas considérer comme le gérant d'affaires de la femme un constructeur qui a exécuté des travaux non pas spontanément, mais en vertu d'un marché de travaux ou contrat de louage d'industrie, — on disait mandat en 1820, comme du temps de Pothier, — passé avec le mari. Celui-ci a traité en son propre nom et pour son compte. Il a commandé les travaux comme l'aurait fait un usufruitier (2).

4° On ne peut guère faire intervenir, dans notre hypothèse, l'action directe de l'article 1798. Cette action servirait seulement aux ouvriers qui, craignant l'insolvabilité de l'entrepreneur sous les ordres duquel ils ont travaillé, agiraient directement contre celui pour qui ont été faits les travaux, ici contre le mari. Ils ne pourraient agir contre la femme qu'autant que l'entrepreneur, leur patron, le pourrait lui-même. Or, nous cherchons par quelle action directe le patron aurait le droit d'agir contre l'épouse.

5° D'autre part, on a signalé comme une action *directe* appartenant au constructeur contre la femme propriétaire de l'immeuble amélioré, l'action *de in rem verso* (3). Cette action, en effet, est plus aisément donnée que l'action de gestion d'affaires (4). Mais nous ne croyons pas qu'on puisse l'accorder sans distinction contre l'épouse. L'action *de in*

(1) S. chr., et D. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 1303.
(2) Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 474 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 777.
(3) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 777.
(4) Demolombe, *op. cit.*, XXXI, n. 48.

rem verso, admise jusqu'à concurrence seulement de la plus-value résultant des travaux, pourvu que cette plus-value existe encore, devra être refusée au constructeur, si des dégradations ultérieures ont détruit la plus-value, ou même, semble-t-il, si les travaux n'ont fait que restituer à l'immeuble la valeur qu'avaient amoindrie des dégradations antérieures.

La femme pourrait-elle se borner à opposer au constructeur, comme elle le ferait à son mari lui-même, la compensation générale entre ses reprises et les récompenses par elle dues ? Nous sommes ainsi ramenés à notre point de départ. L'épouse ne peut-elle pas objecter qu'elle ne peut pas être traitée plus mal qu'un nu propriétaire ordinaire contre lequel l'usufruitier constructeur n'a aucun recours pour constructions ou améliorations (art. 599) ? Si l'on invoque les dérogations que l'article 1437 apporte au droit commun, ne faut-il pas éviter d'étendre ce texte et refuser action au constructeur, quand l'action du mari lui-même est éteinte par compensation ? Par exemple, le mari avait en main des deniers dotaux pour construire sur un terrain dotal, et, sous prétexte d'équité, nous obligerions la femme à payer une seconde fois au constructeur ce qu'elle a payé d'avance à son mari ? Cela est inadmissible.

6° Il est une action dont nous n'avons pas parlé jusqu'ici, c'est l'action de mandat. Celle-là permettrait au constructeur de réclamer de la femme le montant intégral de la dépense. Elle rend inopposable toute compensation du chef du mari ou de la communauté. Elle repose, comme action directe, sur une base des plus solides.

Malheureusement pour le constructeur, il lui est, en général, impossible d'agir contre la femme par l'action de mandat. Le mari, vis-à-vis des tiers, quand il n'a pas un pouvoir spécial de la femme, est dans la situation d'un usufruitier. C'est en son nom personnel et pour son propre compte qu'il a commandé les travaux. Il a agi en dehors des limites du mandat légal que lui confère son titre d'administrateur.

Nous n'apercevons qu'une hypothèse dans laquelle il a pu

faire procéder à des travaux, pour le compte et au nom de sa femme, en sa qualité d'administrateur : c'est lorsqu'il s'agit de grosses réparations. On décide généralement que le mari doit les faire exécuter, sous peine d'être responsable de la perte totale de l'immeuble qui en peut être la conséquence.

Il a donc qualité pour ordonner ces réparations. Et l'on comprend que le constructeur s'empare de cet élément. S'il n'est pas payé, on conçoit qu'il agisse contre la femme, de même qu'il agirait contre un mineur dont le tuteur aurait fait faire de grosses réparations.

Mais nous ne dirons la même chose, ni de constructions nouvelles, ni même de la reconstruction totale, ni, à plus forte raison, de simples améliorations, bien qu'elles aient produit une incontestable plus-value.

§ II. *Droits et pouvoirs du mari administrateur des biens personnels de la femme.*

731 *bis*. Les droits et pouvoirs du mari administrateur des biens propres de la femme doivent être envisagés :

1° Quant à l'exercice des actions;

2° Relativement aux aliénations de meubles ou d immeubles;

3° Spécialement quant aux acceptations et répudiations de successions, legs, dons manuels, etc... et quant aux baux.

Reprenons ces diverses catégories d'actes.

I. *De l'exercice des actions relatives aux biens propres de la femme.*

732. C'est peut-être sur ce point que l'article 1428 est le plus clair et le plus explicite. Nous y lisons que : « *Il* (le « mari) *peut exercer seul toutes les actions mobilières et pos-* « *sessoires qui appartiennent à la femme* » (art. 1428, al. 2).

Le législateur de 1804 s'est inspiré, sur ce point, de la règle tracée en ces termes par l'article 233 de la coutume de Paris : « Le mari est seigneur des actions mobilières et

possessoires, posé qu'elles procèdent du côté de la femme ; et peut le mari agir seul, et déduire lesdits droits et actions en jugement sans sadite femme. »

Pothier, après avoir reproduit ce texte, le commente ainsi : « La communauté, étant composée de tous les biens mobiliers de chacun des conjoints, et le mari étant, en sa qualité de chef de la communauté, seul seigneur des biens de la communauté, tant qu'elle dure, la coutume a très bien tiré la conséquence qu'il est seigneur pour le total des actions mobilières de la femme... Pareillement, la jouissance des propres de chacun des conjoints appartenant à la communauté, la coutume a très bien conclu que les actions possessoires, qui concernent la jouissance des héritages de la femme, appartiennent au mari, comme seigneur des biens et droits de la communauté (1). »

Pothier donnait donc, de l'exercice des actions mobilières par le mari, cette raison à savoir que les droits mobiliers de la femme tombent en communauté. Ce point de vue n'est plus celui de l'article 1428 du code civil. En effet, le texte nous parle de l'exercice des actions mobilières appartenant à la femme, alors que, à vrai dire, de semblables actions ne lui appartiendraient pas, s'il s'agissait d'actions relatives à des droits de l'épouse tombés en communauté. Il faut donc, pour l'application directe de notre règle, supposer qu'il est question d'actions qui se réfèrent à des propres mobiliers de l'épouse. Ceci peut se présenter, même sous le régime de la communauté légale, puisqu'on peut supposer, par exemple, une tierce personne faisant à la femme une donation mobilière, en stipulant que le bien donné restera propre à la bénéficiaire de la libéralité. L'action en paiement de cette donation appartient à la femme. Cependant c'est le mari représentant de l'épouse qui en aura l'exercice.

De même, voici la femme qui vend un immeuble propre. L'action en paiement du prix appartient au mari. C'est encore là une de ces actions mobilières qu'il exercera en sa

(1) Pothier, *Communauté*, n. 473.

qualité d'administrateur des biens propres de sa femme (1).

D'ailleurs, Pothier n'admettait pas jadis que, sous le régime de la communauté, il pût y avoir des propres mobiliers parfaits. Il déclarait que le mobilier propre tombait en communauté sauf reprise de sa valeur (2). C'est précisément à ce point de vue qu'il se plaçait pour dire que le mari a les actions mobilières de la femme, parce que celles-ci sont en communauté. Quand l'article 1428, alinéa 2, spécifie les actions mobilières *appartenant à la femme*, il suppose qu'il peut y avoir sous le régime de la communauté des propres mobiliers parfaits, c'est-à-dire des propres mobiliers au sens exact du mot.

En somme nous allons, avec l'article 1428, alinéa 2, plus loin que ne l'indique Pothier.

733. Le mari aura, tant en demandant qu'en défendant, l'exercice des actions concernant les meubles restés propres à la femme.

D'autre part, la loi lui reconnaît le droit de faire valoir les actions immobilières possessoires, ce qui concerne plus directement encore l'administration que la jouissance des biens. Cet exercice a une telle urgence et un caractère conservatoire si net, qu'il fallait naturellement l'attribuer au mari, chargé par la loi de faire tous les actes conservatoires du patrimoine propre à l'épouse.

734. Il ressort bien des termes, non seulement de l'article 1428, alinéa 2, mais déjà de l'article 233 de la coutume de Paris, que le mari a le choix d'exercer lui-même, seul, les actions mobilières et possessoires relatives aux propres de la femme, ou de laisser cette dernière les exercer avec son autorisation (3).

Il n'en est plus de même quand il s'agit, sous le régime dotal, de l'exercice des actions concernant les valeurs dota-

(1) Le règlement de compte fait par le mari avec le cessionnaire d'un office dont le prix était propre à la femme est valable à moins de fraude prouvée contre le mari. — Req. 30 juillet 1900, S. 1901. 1. 259.

(2) Rapp. *infra*, II, n. 1299.

(3) V. Orléans, 18 fév. 1858, D., 58.2.114. — Rapp. Gand, 23 mars 1895 (motifs), D., 96. 2. 294.

les. L'article 1549 déclare la femme sans qualité à leur égard (1).

Nous préférons la règle que nous trouvons écrite dans l'article 1428. Elle est plus en harmonie avec nos mœurs et avec les droits de la femme. On ne peut pas reprocher au législateur du code civil de leur avoir fait une trop large part.

735. Nous comprenons la règle de l'article 1428, surtout à l'égard des créances propres de l'épouse. C'est au mari, chef de la communauté, qu'il appartient de recevoir les sommes encaissées au cours du mariage (2). Il est logique qu'il soit chargé de poursuivre les débiteurs. Ceux-ci ne peuvent se libérer valablement qu'entre ses mains, aucune restitution de dot ne pouvant être faite à la femme avant la dissolution de la communauté et la réception d'un capital mobilier transformant en propre imparfait, à moins d'emploi ou de remploi, la créance réservée à la femme à titre de propre parfait. Mais, peut-être, le droit pour l'épouse de participer à l'exercice des actions relatives à son patrimoine mobilier aurait-il pu être plus largement compris.

N'exagérons rien toutefois. Le mari a, en effet, seul le droit d'exercer les actions relatives aux biens mobiliers de la communauté, alors même qu'ils y seraient tombés du chef de la femme. Et cela est vrai des valeurs dites *propres imparfaits*, lesquelles appartiennent, en réalité, à la communauté, débitrice seulement envers la femme d'une somme équivalente.

736. L'application de la règle d'après laquelle l'épouse est sans qualité pour faire valoir en justice ses droits pécuniaires, quand le bénéfice en est d'avance assuré à la communauté, a fait naître quelques difficultés.

Ainsi, la cour de Poitiers a eu à se prononcer sur le point de savoir si la femme mariée pouvait exercer elle-même une action en révocation d'une donation avec charges, donation de biens communs qu'elle avait faite avec son mari. On

(1) V. *infra*, III, n. 1619 s.

(2) Req. 30 juillet 1900, D. 1901. 1. 502. S. 1901. 1. 259. Cet arrêt admet la validité du paiement reçu même avant l'échéance, soit purement et simplement, soit avec subrogation.

objectait que le résultat de cette révocation allait profiter exclusivement à la communauté. La cour a répondu que la femme avait un droit, distinct de celui de son mari, à l'exécution des charges qui devaient lui profiter personnellement qu'elle était donc recevable à agir elle-même en révocation. « Ce qu'on doit envisager, c'est, non le résultat, mais l'origine et le principe de l'action (1). »

De même c'est avec raison que la cour de Bordeaux n'a pas hésité à autoriser la femme abandonnée de son mari à exercer une action en pension alimentaire contre sa belle-mère (2).

737. Une jurisprudence qui, à première vue, semble difficilement conciliable avec celle-ci, résulte de divers arrêts, qui ont admis le mari à exercer seul les actions en dommages et intérêts résultant de délits ou de quasi délits dont la femme avait eu à se plaindre.

Mais il faut prendre garde que trois arrêts, émanés des cours d'appel de Rennes et d'Angers et de la cour suprême, tous les trois rendus dans une même affaire, ont statué seulement sur une action en dommages et intérêts pour diffamation envers la mémoire du père de la femme (3). La cour suprême dit, il est vrai, « que le mari a le droit d'exercer seul les actions mobilières de sa femme, sans qu'il soit établi de distinction entre les actions purement civiles et celles qui sont portées devant la juridiction répressives. » Mais il n'avait pas été formé de pourvoi sur ce point (4).

738. A l'occasion de cette même question, la cour de Gand est allée beaucoup plus loin encore. Il s'agissait d'une demande de dommages et intérêts fondée sur des violences graves dont la femme avait été la victime. L'action était

(1) Poitiers, 16 fév. 1885, S., 87. 2. 67, D., 86. 2. 38 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1332.

(2) Bordeaux, 17 fév. 1897, D., 98. 2. 198, *Gaz. Pal*, 97. 2. 100.

(3) Rennes, 22 nov. 1865, S., 66. 3. 54. Cet arrêt de la cour de Rennes a été cassé seulement sur la question de diffamation envers les morts. — V. Crim. cass., 23 mars 1866, S., 66 1.311, D., 67 1.129. — V. également l'arrêt rendu sur renvoi par la cour d'Angers, le 28 mai 1866, S., 66.2.212; Rapp. Guillouard, *op. cit.*, II, n. 822.

(4) Rapp. dans le même sens C. d'État, 6 déc. 1895, S., 98.3.3.

intentée par celle-ci avec l'autorisation de son mari. La cour de Gand a déclaré la femme, même munie de l'autorisation maritale, non recevable à exercer cette action *en son nom personnel*. Ce n'est pas là, dit la cour, un droit exclusivement attaché à la personne, puisqu'il a pour objet un intérêt pécuniaire. La créance née de l'infraction est tombée dans l'actif de la communauté. La femme s'est donc immiscée à tort dans l'administration de cette communauté (1).

739. M. Guillouard (2) approuve les arrêts rendus en 1865 et 1866, tant par les cours d'appels de Rennes et d'Angers que par la chambre criminelle de la cour suprême. Accepterait-il la doctrine de la cour de Gand? Nous en doutons. Il nous semble que cette cour a mal compris la protection due à la personne de la femme et le fonctionnement du régime de la communauté en déclarant, dans l'espèce qu'elle avait à examiner, qu' « il est loisible au mari d'exercer ou de ne pas exercer » l'action, et que la femme n'a d'autres garanties que de demander la séparation de biens. C'est déjà beaucoup de décider que l'indemnité allouée à la femme, à raison de violences dont elle a été la victime, tombe en communauté : aussi avons-nous réservé à ce sujet le droit d'appréciation des tribunaux (3). La personne de l'épouse n'est pas absorbée dans la communauté. Les juges ont, à notre avis, la faculté d'allouer personnellement à la femme une rente viagère dont les arrérages seront, en tant qu'ils échoient après la dissolution de la communauté, la représentation d'un préjudice propre à la femme. C'est donc préjuger la question, que d'affirmer *a priori* que le résultat pécuniaire de l'action tombera nécessairement en communauté pour le tout, et que, par suite,

(1) Cour d'appel de Gand, 10 déc. 1830, S., 91.4.29, et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1322. De cet arrêt, on peut rapprocher une décision qui va moins loin et a été rendue par la cour de justice civile de Genève, le 24 janvier 1894, S., 94.4.31.— Il convient d'en rapprocher surtout un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 18 avril 1894, D., 96.2.91. Il résulte de cette décision judiciaire que l'épouse lésée par un délit peut agir avec l'autorisation de son mari. Quant à ce dernier, il ne saurait agir seul, à moins de supposer que le délit ne lui ait causé un préjudice personnel.

(2) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 822.

(3) V. *supra*, I, n. 470.

l'action elle-même est d'avance confisquée pour le tout par la communauté au préjudice de l'épouse. Il faut attendre la décision du juge, c'est-à-dire le résultat de l'action, pour savoir si l'indemnité appartient ou non à la communauté. Puis, n'est-ce pas le cas de dire, avec la cour de Poitiers : « Pour savoir si la femme a personnellement le droit d'agir, il faut voir, non le résultat, mais le principe de l'action ? »

Il serait singulier, d'ailleurs, que le code civil eût, en ces matières, augmenté les pouvoirs du mari et enlevé à la femme la qualité, que lui reconnaissait l'ancien droit, de pouvoir figurer, comme demanderesse, dans les instances en dommages et intérêts fondées sur les délits dont elle avait été la victime. Merlin (1) nous apprend que la seule question discutée jadis était celle de savoir si la femme avait ou non besoin d'être autorisée.

740. Il est encore permis de conclure des considérations précédentes, que l'exercice des actions intéressant l'état et la capacité de la femme, — questions de filiation, etc., — ne passent pas au mari, du moins si elles ne sont pas mêlées à des débats pécuniaires comme dans le cas où elles seraient soulevées à l'occasion d'une succession.

741. Quoi qu'il en soit, nous devons reconnaître que ces hypothèses exceptionnelles sont rares. En général, on n'éprouve aucune difficulté à appliquer la règle d'après laquelle le mari a seul qualité pour agir en justice, comme demandeur ou défendeur, dans les procès relatifs aux biens communs (2).

Il a d'autre part, en vertu de l'article 1428, alinéa 2, le pouvoir, notamment, de faire valoir seul les droits mobiliers propres à la femme. Mais, ainsi que nous l'avons indiqué, il pourrait, ici, laisser la femme agir elle-même avec son autorisation. Celle-ci pourrait également, en cas de négligence

(1) Merlin *Rép.*, v° *Autorisation maritale*, § 7, n. 18 *medio*. — V. les autorités citées par Merlin, ainsi que les art. 226 de la *Coutume du Poitou* et 200 de la *Coutume d'Orléans*. — V. également Dumoulin sur l'art. 21 de la *Coutume de Bourgogne* et le *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1324.

(2) V. *supra*, I, n. 700 s. — Gand, 23 mars 1895, D., 96.2. 291.

de son mari, être autorisée par la justice à exercer une action mobilière.

Il résulte de là que l'épouse peut valablement *intervenir* dans les instances relatives à ses propres mobiliers. Elle peut aussi être mise en cause (1). N'avons-nous pas vu qu'elle peut être appelée, même dans les procès relatifs aux biens qui sont tombés de son chef en communauté (2)? Et puis, comme l'a dit la Cour de cassation à propos d'un ordre ouvert à la requête d'un tiers sur le prix de biens dotaux, ordre dans lequel les deux époux intervenaient pour demander la nullité de l'aliénation, le concours de la femme dans une action ne peut pas avoir pour effet de créer une fin de non-recevoir contre l'intervention personnelle du mari (3).

742. La femme pourrait-elle former tierce opposition aux jugements rendus contre son mari, seul présent aux débats? Il n'est pas douteux que ces jugements ont contre elle la force de chose jugée (4). Elle a été représentée dans l'instance par son mandataire légal. Ceux qui admettent, — et nous sommes de ce nombre, — la tierce opposition comme mode d'exercice de l'action paulienne contre les jugements, ouvriront cette voie de recours à l'épouse au cas de collusion du mari avec les adversaires, c'est-à-dire si celui-ci, au lieu de représenter la femme, a trahi ses intérêts (5).

Si le mari a été seulement coupable de négligence grave,

(1) Dumoulin, *Coutume de Bourgogne*, sur l'art. 24; Troplong, *op. cit.* II, n. 1000 s.; Odier, *op., cit.*, I, n. 282; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 906, 907; Duvergier sur Toullier, XII, p, 338, note; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 317; Marcadé sur l'art. 1428, n. 1; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 642, note 21, p. 95; Arntz, *op. cit.*, III, n. 662; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 175; Huc, *op. cit.*, IX, n. 181; Mérignhac, *op. cit*, I, n. 1324; *Rép. gén.* Fuzier Herman, v° *Communauté*, n. 1324.

(2) V. *supra*, I, n. 700, 701.

(3) Civ. cass., 30 mars 1874, S. 74. 1. 353.

(4) Civ. cass., 14 août 1865, S., 65. 1. 440, D., 65. 1. 264. Dans l'espèce, la femme bénéficiait, grâce à la chose jugée, de la jurisprudence qui, avant 1863, autorisait le cumul de la quotité disponible et d'une part dans la réserve. — Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 905; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 818; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 148; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 540, texte et note 11, p. 394.

(5) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 540, texte et note 12, p. 344; Huc, *op. cit.*, IX, n. 180. — *Contra* Guillouard, *op. cit.*, II, n. 818.

l'épouse subit la chose jugée, mais a droit à des dommages et intérêts contre son conjoint (1).

743. Tandis que, d'après l'article 1428 alinéa 2, le mari peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme, il n'a pas, au contraire, qualité pour exercer les actions pétitoires immobilières. Il ne peut pas valablement y figurer, soit comme demandeur, soit comme défendeur, au lieu et place de la femme et comme son représentant légal (2).

Aussi la cour suprême a-t-elle cassé un arrêt de la cour de Pau en date du 9 juin 1870, qui avait considéré que le mari, « mandataire naturel et légal de sa femme », peut valablement défendre à une action en reconnaissance de servitude (3).

Même solution pour une action en bornage mêlée d'un débat sur la propriété. Une semblable action n'est plus, en effet, une action possessoire lorsqu'il s'y mêle un litige de cette nature (4).

Il a d'ailleurs été jugé que la nullité qui résulte du défaut de qualité chez le mari pour intenter seul, et sans le concours de l'épouse, une action pétitoire relative aux biens immobiliers de cette dernière peut disparaître en appel par suite de l'intervention de la femme, et ne saurait être proposée pour la première fois en cassation. Toutefois cette intervention de la femme ne sera reçue en appel que si elle avait le

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, texte et note 11, p. 344 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 818 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 148.

(2) Req., 24 mars 1841, S., 41. 1. 511. — Civ. cass., 22 avril 1873, D., 73. 1. 423, S., 73. 1. 276 ; Amiens, 24 déc. 1902, *Gaz. Pal.* 1903, I, table v° *Communauté*, n. 4. (Le mari fut condamné aux frais faits jusqu'au moment où il révéla qu'il s'agissait d'un immeuble propre de la femme). — Odier, *op. cit.*, I, n. 273 à 276 ; Marcadé sur l'art. 1423, n. 1 ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 1005 à 1009 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 907; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et note 29, p. 334-335 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 663 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 50 à 53 et 149 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 71 *bis*, IV et V ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 819 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1325, 1326 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1325, 1326 ; Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n. 1062 s.

(3) Civ. cass., 22 avril 1873, S., 73. 1. 276, D , 73. 1. 428.

(4) Rouen, 6 nov. 1835, S., 36. 2. 207.

droit de former tierce opposition (art. 466 C. de Pr. civ.) (1).

744. La femme seule a donc qualité pour faire valoir en justice, comme demanderesse ou défenderesse, les droits immobiliers à elle propres.

Ainsi il a été jugé qu'elle doit former, elle-même, la demande en distraction d'un de ses immeubles, compris à tort parmi des immeubles saisis sur le mari (2). C'est à elle aussi qu'il appartient d'exercer l'action en nullité d'une saisie immobilière, alors même que cette action est accompagnée de l'action en nullité de la donation de la somme d'argent pour le paiement de laquelle la saisie est pratiquée (3).

745. Ce n'est pas à dire, pour cela, que le mari doive rester étranger à l instance. La femme a, en effet, besoin d'être autorisée à plaider par lui ou par la justice. Quand elle sera demanderesse, le mari se joindra souvent à elle pour l'assister et l'autoriser. Si elle est défenderesse, le demandeur devra assigner le mari pour qu'il autorise sa femme.

Bien plus, comme chef de la communauté et en raison du droit aux fruits ou revenus de l'immeuble, le mari a un intérêt propre dans les procès relatifs aux biens personnels de sa femme. Dès lors seront frappés de nullité l'exploit et la signification d un jugement ou d'un acte d'appel, s'il n'en a pas été laissé aux époux deux copies séparées (4).

746. Il résulte de là, également, qu'un correctif doit être

(1) V. et cpr. Colmar, 17 avril 1817, S. chr. — Bruxelles, 15 fév. 1812, S. chr. — Civ. rej., 16 juill. 1834, S., 34. 1. 540. — Bourges, 14 juin 1892 et 31 déc. 1894 et sous ces arrêts, en note, Paris, 23 mars 1872, S., 95. 2. 82. — Sur la question de savoir si le moyen peut être invoqué pour la première fois devant la cour suprême, Req., 24 août 1825, S. chr. et Civ. cass., 22 avril 1873 (motifs), S., 73. 1. 276, D., 73. 1. 428. — *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1329, 1330.

(2) Colmar, 24 janv. 1832, S., 32. 2. 657 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1328.

(3) Req., 2 nov. 1857, S., 58. 1. 371 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n 1340.

(4) Troplong, *op. cit.*, II, n. 1013; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 907; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 820 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1337 à 1339, *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1337 à 1339. — Req., 24 mars 1841, S., 41. 1. 511. — Req., 15 juin 1842, S., 42. 1. 727. — Req., 2 nov. 1857, S., 58. 1. 371. — Rennes, 10 janv. 1840, *J. Pal.*, 42. 2. 359.

apporté à la règle d'après laquelle le mari ne peut pas exercer les actions pétitoires immobilières appartenant à la femme, en ce sens qu'il ne peut point les exercer comme son représentant légal, de manière que la chose jugée lui soit opposable ou profitable. Il ne faut pas oublier, en effet, que le mari, comme chef de la communauté, a droit à la jouissance des immeubles propres de l'épouse. Dès lors, si la femme se refuse à revendiquer un immeuble à elle propre contre un tiers qui le possède, faudra-t-il que le mari perde la jouissance de ce bien, sans avoir le moyen de faire reconnaître le droit de la femme, à l'effet de faire valoir le droit de jouissance de la communauté? Évidemment l'époux doit avoir ce moyen. Pour exprimer ceci, on dit parfois que le mari a le droit d'exercer l'action pétitoire de l'usufruit qui appartient à la communauté. Nous ne pensons pas que cette forme de langage soit exacte, car elle supposerait que la communauté est une personne morale ayant un véritable droit d'usufruit, ce que nous ne croyons pas vrai (1).

Ce qui est exact, c'est que le mari a le droit d'exercer l'action de la femme. Seulement il ne l'exercera pas comme son représentant. La chose jugée à son égard ne le sera pas vis-à-vis de l'épouse. Le principe suivant lequel le mari n'a pas les actions pétitoires immobilières de son conjoint est donc sauvegardé. Mais ce mari, comme chef de la communauté, peut très bien agir. Il lui est permis, sans compromettre les droits de son épouse, d'exercer à titre de chef de la communauté les droits de celle-ci (2), sauf au tiers actionné à faire mettre la femme en cause pour que la chose jugée lui soit opposable. Il y a là une situation qui n'est pas sans analogie avec celle qui se produit quand

(1) V. *supra*, I, n. 296 s., 249 et 250.

(2) V. Orléans, 21 janv. 1898, D., 99. 2. 174. — Observons que l'action du mari serait non recevable si, en première instance, il réclamait personnellement la propriété de l'immeuble propre de la femme au tiers possesseur de cet immeuble. Le mari se présenterait alors comme propriétaire, en violation du principe qui lui dénie les actions pétitoires immobilières, et il ne pourrait pas valablement transformer son action en appel. Il ne peut agir en justice que dans les limites du droit de jouissance de la communauté. — Bourges, 14 juin 1892, et 31 déc. 1894, S., 95. 2. 82.

les créanciers exercent, aux termes de l'article 1166, les droits et actions de leur débiteur (1).

747. En poursuivant l'étude de l'exercice des actions relatives aux biens propres de la femme, nous nous contenterons de signaler seulement ici, — car le commentaire de ce texte a été présenté dans le *Traité des Successions* (2), — la disposition de l'article 818, contenant une exception à la règle de l'article 1428, alinéa 2, à l'occasion de l'action en partage. Cette action est volontiers mise à part par le législateur.

S'il s'agit d'une succession échue à l'épouse, nous lisons dans l'article 818 que : « *Le mari peut, sans le concours de* « *sa femme, provoquer le partage des objets meubles ou* « *immeubles à elle échus qui tombent dans la communauté ;* « *à l'égard des objets qui ne tombent pas en communauté,* « *le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours* « *de sa femme, il peut seulement, s'il a le droit de jouir de* « *ses biens, demander un partage provisionnel. Les cohéri-* « *tiers de la femme ne peuvent provoquer le partage défini-* « *tif qu'en mettant en cause le mari et la femme.* »

Il résulte de ce texte que, en supposant une succession mobilière échue à l'épouse, le mari peut procéder au partage de cette succession, en demandant et en défendant comme administrateur, sinon des biens de son conjoint, du moins de la communauté. Mais, si nous supposons un régime ayant réalisé les meubles provenant de la succession, par exemple

(1) Civ. cass,, 14 nov. 1831, S., 32. 1. 388. — Req., 15 mai 1832, S., 32. 1. 360. — Bourges, 14 juin 1892 et 31 déc. 1894, S., 95. 2. 82. — Cpr. Orléans 31 janvier 1898 D. 1900-2-2 7 (en l'espèce, le mari défendeur en son nom personnel en 1re instance, déclara devant la Cour que le bien appartenait en propre à la femme et qu'il entendait agir seulement en qualité de chef de la communauté, et ne faire valoir à titre de défense à l'action principale que le droit d'usufruit ou de jouissance de la communauté). — V. et cpr. Marcadé, sur l'art. 1428, n. 1 ; Odier, *op. cit.*, I, n. 273 s. ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 1006 s. ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 907 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 509, p. 334, 335 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 663 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 50 à 53 et 149 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 71 *bis*, IV et V ; et Guillouard, *op. cit.*, II, n. 819; Mérignhac, *op. cit.*, I. n. 1533 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1333 et 1334 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 181.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité théorique et pratique des successions*, II, n. 2248 s., 2e édit.

le régime de la communauté réduite aux acquêts ; dans ce cas, à l'occasion d'une succession même mobilière, le mari, d'après l'article 818, ne peut pas intenter l'action en partage. Celle-ci ne peut être exercée que contre la femme ou par la femme autorisée de son mari. L'action en partage aboutit, en effet, à une véritable transformation du droit et participe de la nature des actes de disposition. C'est là ce qui explique la règle de l'article 818.

Le droit qui, dans ce cas, appartient seulement au mari est de faire un partage provisionnel des biens dont la communauté a la jouissance (1).

Ajoutons que le mari qui, sans le concours de sa femme, aurait procédé au partage d'objets héréditaires à elle échus et ne tombant pas dans la communauté, ne serait pas fondé à se faire un titre de sa propre faute pour demander la nullité de ce partage (2).

747 *bis*. Nous avons ci-dessus constaté que le mari a qualité pour poursuivre les débiteurs des créances demeurées propres à l'épouse (3). Il aura, par conséquent, l'exercice de l'action hypothécaire, si une créance de ce genre est garantie par une hypothèque. Mais, supposons que le débiteur ait vendu à l'amiable l'immeuble hypothéqué et que le tiers détenteur fasse les notifications à fin de purge. Le mari aura-t-il le droit de pratiquer une surenchère du dixième au nom de la femme ? La négative ayant été consacrée par un arrêt de la Cour de Bordeaux, le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté en ces termes par la Chambre des requêtes de la Cour suprême : « Attendu que les articles 2185, 2114 et 1428 fixent comme principe : 1° que la surenchère ne peut être faite que par le *créancier inscrit* à peine de nullité ; 2° que la voie de la surenchère est l'exercice de l'action hypothécaire, qui de sa nature est *réelle*, que le mari ne peut exercer seul que les actions possessoires et mobilières de la femme (4). » En effet, l'exercice du droit de

(1) Cpr. Planiol, *op. cit.*, III, 2e éd., n. 1055 s.
(2) Req., 1er fév. 1892, S., 93. 1. 253.
(3) V. *supra*, I, p. 735.
(4) Bordeaux, 8 janv. 1839 et Req., 16 déc. 1840, S., 41. 1. 11.

surenchère emportant l'engagement par le poursuivant de devenir acquéreur, si la surenchère n'est pas couverte, on ne peut voir là un simple acte d'administration permis au mari en cette qualité. La femme ne peut pas, sans son consentement, être soumise à des obligations si graves, par le seul fait de son conjoint. Ce dernier, de son côté, ne peut point, sans titre hypothécaire à lui personnel, évincer le tiers détenteur. Ceux qui prétendraient trouver ce titre dans le droit de jouissance appartenant à la communauté, seraient conduits à cette conséquence, à savoir que si le mari demeurait adjudicataire, l'immeuble ainsi adjugé serait un acquêt. On peut ajouter, il est vrai, qu'il en serait de même si l'épouse dûment autorisée avait elle-même porté la surenchère et que l'immeuble lui eût été acquis. Mais il y aurait entre les deux hypothèses cette différence que la femme ne doit jamais être personnellement obligée au paiement d'un prix sans son consentement (1).

747 *ter*. Il nous reste, pour en finir avec notre ordre d'idées, à nous demander si le mari qui, à l'égard des biens communs, peut acquiescer, se désister, transiger et même, dans certains cas, compromettre (2), le peut également à l'égard des biens personnels de l'épouse.

Qu'il puisse faire de tels actes relativement aux fruits et revenus des biens meubles et immeubles de la femme, cela ne nous semble pas faire de difficulté. Il s'agit là, en effet, en réalité de valeurs communes.

En sens inverse, au sujet des droits immobiliers personnels de l'épouse, le mari qui n'a pas l'exercice des actions destinées à les faire valoir, ne peut évidemment, à leur occasion, ni se désister, ni acquiescer. Il ne pourrait pas davantage les éteindre par transaction ou en enlever par un compromis la connaissance aux juridictions ordinaires.

La question ne mérite examen qu'à l'égard des acquiescements, désistements, transactions et compromis relatifs aux actions possessoires et aux actions mobilières, seules actions

(1) Rapp. *infra*, III, n. 1632.— Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, III, n. 2442 *in fine*.

(2) V. *supra*, I, n. 703.

dont l'exercice lui soit confié. Encore n'hésitons-nous guère à lui refuser le droit de compromettre et même de transiger sans le concours de l'épouse. Le mari, nous le verrons (1), ne peut pas même aliéner à titre onéreux les propres mobiliers de son conjoint. Par conséquent, l'article 2045 nous semble lui refuser le droit de transiger seul. A plus forte raison, le compromis lui est-il interdit par l'article 1003 du code de procédure civile.

Le mari nous paraîtrait également, en agissant seul, excéder ses pouvoirs, s'il se désistait sur le fond du droit ou signifiait un désistement d'instance qui entraînerait l'extinction de l'action elle-même. Nous serions au contraire portés à considérer que le désistement d'instance, quand il laisse l'action intacte, rentre dans l'exercice normal de l'action et par suite appartient au mari.

Pour les mêmes raisons, nous refuserons en général à ce dernier le droit d'acquiescer expressément sans le concours de la femme. En effet, l'acquiescement impliquerait l'aveu que toute résistance à la demande serait mal fondée et cet aveu ne nous paraît pouvoir émaner que de l'épouse dûment autorisée. Mais nous ne nous dissimulons pas que le mari, par son attitude dans l'instance, pourrait faire une sorte d'acquiescement tacite.

II. *Des aliénations de meubles ou d'immeubles propres à la femme.*

748. Les pouvoirs du mari sur les biens personnels de la femme sont, — nous l'avons déjà constaté chemin faisant, — beaucoup moindres que sur les biens communs. Si le mari en a l'administration, il ne peut point les aliéner. Toutefois, la ligne de démarcation entre les actes d'administration et ceux d'aliénation n'est pas clairement tracée.

Le principe même n'est formulé nettement qu'à l'égard des immeubles. Voici, en effet, le texte de l'article 1428,

(1) V. *infra*, I, n. 759 s.

alinéa 3 : « *Il* [le mari] *ne peut aliéner les immeubles per-* « *sonnels de la femme sans son consentement* (1). »

Le problème doit donc être exposé séparément pour les immeubles et pour les meubles.

A. *De l'aliénation des propres immobiliers de la femme.*

749. L'article 1428, conforme à l'article 226 de la coutume de Paris distingue entre l'administration des immeubles attribuée au mari, et l'aliénation réservée à la femme propriétaire de ces biens. Celle-ci, pour aliéner, doit être autorisée par son mari ou par la justice (art. 217, 1538 al. 2, 1576 al. 2).

Le mari pourrait d'ailleurs être chargé par la femme d'aliéner tel ou tel immeuble en vertu d'un mandat conféré durant le mariage, mais révocable. Nous nous sommes précédemment expliqués sur le caractère spécial que peut revêtir le mandat donné par contrat de mariage (2).

750. L'article 226 de la coutume de Paris contenait une énumération des principaux actes d'aliénation. Les rédacteurs du code civil ont, non sans raison, jugé inutile de la reproduire.

D'abord, l'article 818 s'explique à l'égard du partage, amiable ou judiciaire, en nature ou sous forme de licitation. Quant aux autres actes, vente, échange, constitution d'hypothèque, tout le monde y verra sans hésiter des aliénations, aussi bien que dans les donations, les constitutions d'usufruit, de droits d'usage, de servitude, d'emphytéose, ou dans les concessions de baux à long terme, que nous allons bientôt étudier à part (3). Nous pourrons alors préciser la distinction et insister sur quelques questions controversées (4).

751. Supposons une aliénation incontestable, totale ou partielle, d'un immeuble personnel de la femme.

(1) Observons, sur ce texte, que s'il s'agit d'aliéner un immeuble de la femme, ce n'est pas le mari qui agit avec le consentement de celle-ci, mais bien la femme qui agit avec l'autorisation de son mari. La formule dont se sert l'art. 1428 al. 2 est donc incorrecte.

(2) V. *supra* I, n. 21 et 98 s.

(3) V. *infra*, I, n. 770 s.

(4) V. *infra*, I, n. 761 s.

Cette aliénation, disons-nous, n'est valable que si elle a été consentie par l'épouse figurant personnellement ou par mandataire dans l'aliénation,

L'interprétation et la preuve de ce mandat restent d'ailleurs soumises au droit commun, alors même qu'il est conféré au mari (1).

Quoi qu'il en soit, l'aliénation non consentie par la femme est nulle. Toutefois, les conséquences légales de cette nullité ont fait naître des difficultés telles que Pothier a émis plusieurs opinions successives, et que les rédacteurs du code civil n'ont pas osé les trancher nettement. Nous sommes, ici, en présence de l'une des questions les plus controversées du régime de la communauté.

Il s'agit de savoir dans quelle mesure l'obligation de garantie, qui pèse sur le mari vendeur, s'étend à la femme commune en biens. Celle-ci ne verra-t-elle pas repousser son action en revendication par l'exception de garantie? Ou bien, si elle est admise à revendiquer son immeuble, comme vendu sans mandat, l'épouse ne sera-t-elle pas tenue, en totalité ou pour moitié, de l'obligation de restituer le prix et aussi de payer des dommages et intérêts ?

Étudions, à ces points de vue divers, les droits de la femme après la dissolution de la communauté et pendant sa durée.

752. Précisons avant tout l'intérêt pratique de la question en mettant à part certaines hypothèses qui ne présentent pas de difficulté.

Il est possible, d'abord, que le mari, en aliénant l'immeuble propre de la femme sans son concours, ait fait connaître au tiers acquéreur que le bien appartenait à l'épouse. Dans ce cas, le mari est un mandataire ayant excédé ses pouvoirs au su de la personne avec qui il a contracté (art. 1997 et

(1) Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 127; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 802; Mérignhac *op. cit.*, I, n. 1365, 1366; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1365, 1366. — M. Guillouard (*loc. cit.*), après Laurent (*loc. cit.*), exige un mandat *formel*; mais, ajoute le savant auteur ce mandat pourrait être général, l'art. 223 du code civil n'ayant rien à voir ici. V. et cpr. *supra*, I, n. 99. — Rapp. Civ. cass., 17 déc. 1872, S., 72. 1. 421, D., 73. 1. 154. Dans cet arrêt, il s'agit d'une vente de propres mobiliers.

ou séparation de biens, vendiquer son propre vendu par son mari sur les acquéreurs, rendant par elle la moitié du prix de la vendition..., sans être tenue d'aucuns dommages-intérêts (1). »

Signalons enfin que pour d'autres jurisconsultes, Lebrun (2) et Bourjon (3) notamment, la communauté était tenue de l'obligation de garantie incombant au mari, ce qui n'empêchait pas la femme de pouvoir demander la nullité de la vente, sauf à supporter sa part dans la garantie.

Ces diverses doctrines anciennes sont encore défendues aujourd'hui, depuis celle qui admet la femme acceptante à revendiquer son immeuble sans contribuer ni au paiement des dommages et intérêts ni à la restitution du prix (4), jusqu'à celle d'après laquelle l'exception de garantie paralyse l'action en revendication de l'épouse (5).

Deux opinions principales sont surtout en lutte.

Dans une première doctrine fort séduisante, on se range à la thèse exposée par Pothier au numéro 253 de son *Traité de la communauté*; à savoir que le mari n'a pas pu mettre à la charge de la communauté une obligation en accomplissant un acte qui excédait ses pouvoirs. Pour engager la communauté, le mari doit se tenir dans les limites qui lui sont fixées par la loi. Si l'on objecte à cette doctrine que le mari, excédant ses pouvoirs en sa qualité d'administrateur des biens propres de la femme, ne les dépasse pas en tant qu'administrateur de la communauté, puisqu'il oblige cette dernière par ses délits, on répond qu'il est subtil et contraire à l'esprit de la loi de faire ce raisonnement. Il ne faut pas, en effet, mélanger les pouvoirs du mari sur les biens communs, et ceux qui, d'après l'article 1428, lui sont attribués

(1) V. *Maximes générales* de Pierre de l'Hommeau avec notes de Challine, p. 287.

(2) Lebrun, *Communauté*, liv. II, ch. III, sect. 1, n. 38 et 39.

(3) Bourjon, *Droit commun de la France*, édit. 1770, I, p. 573, *De la communauté*, 4e part., ch. II, sect. 3, n. 12.

(4) De Folleville, *op. cit.*, I, n. 345 *quater*.

(5) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 71 *bis*, XIII s., VII, n. 61 *bis*, VI et VII ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 7e édit., III, n. 132 et 542. Cpr. Planiol *op. cit.*, III (2e édit.), n. 1051, 1052.

sur les biens personnels de la femme. Le mari, dit-on, pour chacun d'eux, doit toujours se tenir exactement dans les limites qui lui sont tracées par le législateur. Est-ce que d'ailleurs, cette solution ne paraît pas résulter de l'article 1429, qui, supposant que le mari a fait un bail qui excède ses pouvoirs, décide que, sauf pour la période de neuf ans en cours de durée quand la communauté se dissout, le bail est sans effet à l'égard de la femme ? Ceci n'implique-t-il pas pour elle le droit, dans tous les cas possibles, d'expulser le preneur, et ne prouve-t-il pas qu'il n'y a point à la charge de l'épouse d'obligation de garantie ?

Conclusion : la femme acceptant la communauté peut revendiquer contre le tiers acheteur, sauf à être tenue, comme commune, de la restitution de la moitié du prix de vente.

En ce qui concerne maintenant les dommages et intérêts dus à l'acquéreur par le mari, il serait, dit-on contradictoire de libérer la femme de l'une des obligations dérivant de la garantie, à savoir l'impossibilité d'évincer, et de la soumettre aux dommages et intérêts, c'est-à-dire à l'autre obligation qui en découle (1).

Cette première doctrine, qui a l'avantage de supprimer beaucoup de questions accessoires, est pourtant celle qui rallie le moins de suffrages. On soutient d'ordinaire que l'obligation de garantie tombe dans la communauté. Tout d'abord, que la femme acceptante ne puisse pas évincer le tiers acquéreur sans participer comme commune en biens, soit à la restitution du prix, soit même aux dommages et intérêts, c'est, dit-on, ce que l'on reconnaît généralement. D'une part, la communauté est débitrice de toutes les sommes indûment reçues par le mari. Elle est donc grevée de l'obligation de restituer le prix. D'autre part, la vente a constitué, de la part du mari, un acte illicite. Soit; le mari a commis ainsi un délit civil. Mais n'oblige-t-il pas la communauté par ses délits ? La femme acceptante trouve donc,

(1) V. *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1375 à 1377 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 188, 189.

dans la communauté, l'obligation de restituer le prix, née du quasi-contrat de restitution de l'indû,et celle d'indemniser l'acquéreur évincé (art. 1630, 1409-2° et 1482).

Mais ne faut-il pas faire un pas de plus ? Qu'est-ce que cette double obligation de restituer le prix et de payer des dommages et intérêts, si ce n'est pas l'obligation de garantie elle-même ?

Or celui qui doit garantie, ne peut pas évincer (1).

Le seul point à préciser est celui-ci : l'exception de garantie est-elle divisible ou indivisible ? Même en la considérant comme indivisible de droit commun, alors qu'il s'agit de la garantie du fait personnel, ne peut-on pas dire que la femme, en vertu de son acceptation, n'est tenue que de l'obligation d'indemniser et non de celle de ne pas évincer ? Ne peut-elle pas en invoquant la divisibilité d'une telle obligation, dont elle n'est tenue que pour moitié, considérer l'exception de garantie comme divisible et évincer l'acquéreur pour la moitié (2).

En effet, prétend-on, il ne faut pas confondre la femme commune en biens avec un héritier. Un héritier dont l'auteur a vendu un bien et qui accepte la succession de cet auteur, ne peut pas évincer l'acheteur, qui le repousserait par l'exception de garantie. L'héritier est tenu des obligations de son auteur. Quant à la femme, elle n'est tenue que des obligations de la communauté, qui ne sont pas précisément les obligations du mari. Ce qui tombe à la charge de la

(1) On a judicieusement fait remarquer que l'art. 1428, al. 3, ne vise que le cas où le mari vendrait seul un immeuble qu'il présenterait comme appartenant à sa femme. Lorsqu'il le vend comme sien, il fait un acte qui tombe sous le coup du droit commun, tel qu'il ressort de l'art. 1599, d'une part, et des art.1626 s., d'autre part. Comment soutenir que le mari ne contracte pas valablement l'obligation de garantie, s'il vend de bonne foi, le croyant sien ou acquêt de communauté, un propre de sa femme ? Or, n'en doit-il pas, à plus forte raison, être tenu, s'il a vendu le bien sciemment ? Et la communauté n'en est-elle point tenue dans les deux cas ? V. Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 71 *bis*, XVII, *in fine*.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 155-156; de Loynes, *Notes du traité de la société d'acquêts de Tessier*, p 181 à 186.— V. aussi Mérignhac, *France judiciaire*, 1881-82, 1re partie, p. 117 s. et *op. cit.*, I, n. 1375 et s. — *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1375 à 1378.

communauté, ce n'est pas l'obligation de garantie : c'est l'obligation de dommages et intérêts qui en résulte. La preuve du bien fondé de ce raisonnement ne découle-t-elle pas, ajoute-t-on, de l'article 1429, lequel décide que les baux des biens personnels de la femme qui dépassent les pouvoirs du mari, seront, sauf pour la période de neuf ans en cours lors de la dissolution de la communauté, sans effet vis-à-vis de la femme ? Cette dernière n'est donc point tenue comme commune de l'obligation de garantie vis-à-vis du preneur.

Le raisonnement ainsi présenté nous semble bien subtil. On ne le comprend qu'à grand'peine. En ce qui concerne l'article 1429 invoqué tour à tour à l'appui des deux doctrines, la vérité est qu'il ne fournit d'argument ni à l'un ni à l'autre. L'hypothèse probable qu'il prévoit est celle où le mari, ayant passé bail pour plus de neuf ans d'un bien personnel de la femme, a présenté ce bien comme un bien de l'épouse, cas dans lequel il n'est point par conséquent tenu de la garantie vis-à-vis du preneur.

Il est, à notre avis, plus conforme aux textes et aux principes de considérer que la femme acceptante doit s'abstenir de toute revendication. Tenue de l'obligation de garantie, elle doit, comme tout garant, ne pas pouvoir évincer. Or, l'abstention étant indivisible, l'exception de garantie devient indivisible (1).

Tout ce que l'on pourrait à la rigueur concéder, c'est que la femme acceptante, qui a fait inventaire, serait admise, en déclarant abandonner tout son émolument de communauté, à revendiquer son immeuble. Elle n'est tenue que jusqu'à concurrence de cet émolument. En l'abandonnant tout entier, elle éteint, en ce qui la concerne, l'obligation de garantie, de sorte que, peut-on dire, aucun obstacle ne s'oppose plus à sa revendication (2). Et encore cette concession, faite par M. Colmet de Santerre, est-elle bien logique ? Ne prouverait-elle pas que la femme n'est obligée qu'à indemniser ? De

(1) Cpr. Req., 8 nov. 1893, D., 94.1.417. S., 94. 1, 401 (note Lacoste).
(2) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit*, VI, n. 61 *bis*, XVIII et XIX.

plus, en acceptant que l'obligation de garantie pèse sur la communauté et en supposant que la femme ait fait inventaire, il est douteux qu'elle se trouve dans la situation d'un héritier bénéficiaire. En effet, l'héritier bénéficiaire n'est tenu que sur les biens de la succession, tandis que la femme est obligée sur tous ses biens dans la mesure de son émolument, sauf à savoir si elle ne peut pas se libérer en abandonnant cet émolument. Eh bien! nous verrons qu'elle ne peut pas faire cet abandon pour se décharger des soins de la liquidation (1).

754. Jusqu'ici nous n'avons envisagé que l'hypothèse d'une revendication de la femme se produisant après la dissolution de la communauté.

Mais que faut-il décider si l'épouse veut revendiquer son bien au cours de cette communauté ?

On a fait remarquer que la prescription ne court pas contre la femme durant le mariage, quand son action doit réagir contre le mari (art. 2256, 2°). De là on a voulu conclure qu'elle n'avait pas d'intérêt à revendiquer et que, dès lors, elle devait être déclarée non recevable dans son action.

Cette thèse a été écartée comme inadmissible. Elle repose sur un abus de la maxime : « Sans intérêt pas d'action. » Est-il bien certain, d'ailleurs, que la femme n'ait pas d'intérêt à revendiquer, par exemple, si le tiers, ayant des délais pour payer, dégrade l'immeuble et devient insolvable ?

Soit, a-t-on dit. Eh bien ! la revendication sera possible de la part de la femme, mais seulement avec l'autorisation de son mari. Dans l'espèce, l'autorisation de la justice serait insuffisante. Est-ce que l'épouse va pouvoir, en effet, contraindre son mari à reprendre l'immeuble ? Va-t-on troubler la paix du ménage pour aboutir à ce résultat négatif? Le mari n'a-t-il pas pu disposer de la jouissance de l'immeuble propre de la femme au profit d'un tiers ? Dès lors, celle-ci contredite par son mari pourrait seulement revendi-

(1) V. *infra*, II, n. 1221, 1231.

quer une nue propriété que le tiers ne prescrit pas contre elle.

Cette dernière raison repose sur une erreur de droit. Le mari, en effet, ne peut pas plus aliéner, comme chef de la communauté, l'usufruit ou la jouissance des biens propres de l'épouse que le père ne pourrait disposer de l'usufruit légal des biens de ses enfants ; pas plus que les créanciers du mari ou du père ne pourraient saisir cette jouissance.

Il nous semble donc que ceux qui admettent la femme au droit de revendiquer, pendant la communauté, avec l'assistance de son mari, n'ont pas de raisons juridiques valables pour empêcher l'épouse de revendiquer avec l'autorisation de la justice à défaut de l'autorisation maritale. Il nous paraît même peu moral que le mari, ayant vendu sciemment le bien de sa femme, se fasse l'instigateur de la revendication de cette dernière. Au surplus, il se gardera bien en fait, s'il lui reste quelque solvabilité, d'autoriser une semblable action, qui entraînerait contre lui un recours immédiat en garantie. Décider que la femme ne pourra revendiquer pendant la communauté qu'avec l'autorisation de son mari, c'est donc, en fait, aboutir à lui dénier ce droit.

Dans notre doctrine, c'est, en effet, le résultat qui nous semble seul admissible. Puisque la question de savoir si la femme peut ou non revendiquer son immeuble propre aliéné par le mari se trouve, dans notre opinion, subordonnée à celle de savoir si elle acceptera la communauté ou si elle la répudiera, nous en concluons qu'elle ne peut pas exercer son action en revendication pendant la durée de la communauté. Comment pourrait-elle être admise à revendiquer contre un acquéreur auquel elle devra la garantie, si elle accepte la communauté ? L'acquéreur n'a-t-il pas le droit de dire à la femme : « Vous ne pouvez revendiquer utilement qu'à la condition de renoncer à la communauté ; or, vous n'avez pas le droit de prendre parti et de renoncer avant la dissolution de la communauté ; donc, votre action en revendication n'est pas recevable » (1) ?

(1) Chambéry, 6 mai 1885, S., 87. 2. 177, D., 86. 2. 33, note Flurer ; De-

755. Mais il est hors de doute que la femme, au lieu de se prévaloir de la nullité de l'aliénation, peut, au contraire, faire disparaître cette nullité en ratifiant l'acte du mari.

Alors, de deux choses l'une : ou bien le prix d'aliénation est encore dû par l'acquéreur lors de la liquidation de la communauté, ou bien ce prix aura été encaissé. Si le prix est encore dû par l'acquéreur quand la communauté est liquidée, dans ce cas la femme aura en propre la créance de ce prix, comme équivalent du droit aliéné. Si le prix a été encaissé, alors l'épouse aura contre la communauté, et subsidiairement contre son mari, droit à une récompense, conformément aux principes généraux (art. 1433).

Il est également certain que la femme n'aura pas besoin d'attendre la dissolution de la communauté pour ratifier l'aliénation, puisqu'elle pourrait, auparavant, consentir une aliénation nouvelle au profit du même acquéreur. Bien plus grave est, en sens inverse, l'exercice de l'action en revendication qui, faisant considérer l'aliénation comme non avenue, entraîne, non seulement entre la femme et le mari, mais en outre entre l'épouse et le tiers acquéreur, des conséquences juridiques telles que ce tiers a le droit, à notre avis, de faire déclarer non recevable la revendication, tant que la femme n'a pas renoncé à la communauté.

756. On ne saurait non plus élever d'objection sérieuse contre la prétention de l'épouse qui, ayant renoncé à la communauté lors de sa dissolution, et même après avoir réclamé la récompense du prix sans avoir pu l'obtenir, se déciderait à revendiquer son immeuble indûment aliéné. Cette revendication de la femme renonçante est recevable aussi longtemps qu'il n'est pas intervenu de sa part une ratification de l'aliénation.

757. L'abandon de l'action en revendication de la part de la femme renonçante est encore plus favorable. Tant que, sur l'action en revendication intentée par l'épouse, il n'y a pas eu de décision judiciaire passée en force de chose

mante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 71 *bis*, XVII ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 159. — V. cependant Appleton, note sous Chambéry, S., 87. 2. 177.

jugée ou d'acte amiable équivalent entre la femme et le tiers acquéreur, le mari ou ses héritiers ne peuvent pas empêcher cette femme de réclamer la récompense.

758. Certes, nous venons de prévoir ainsi bien des difficultés à l'occasion de l'aliénation des immeubles propres de la femme. Fort heureusement elles sont plutôt théoriques et ne se présentent guère dans la pratique. En effet, quand une personne traite avec un mari, elle ne manque pas, si elle a la moindre prudence, d'exiger la signature de la femme, ne serait-ce que pour se garantir contre l'exercice éventuel de son hypothèque légale (1).

B. *De l'aliénation des propres mobiliers de la femme.*

759. Le mari, auquel l'article 1428 dénie le droit d'aliéner les immeubles de la femme, peut-il consentir des aliénations des biens mobiliers de celle-ci ?

L'affirmative paraît consacrée par le silence du texte. Il faut, il est vrai, se défier de l'argument *a contrario* qu'on en peut tirer. Mais, au premier abord, les principes et les traditions semblent lui donner de la force.

Les aliénations de meubles ne se confondent-elles pas, en effet, le plus souvent avec les actes d'administration ? Le mari a le *droit*, bien plus le *devoir*, sous peine d'engager sa responsabilité, de recouvrer les créances échues appartenant à sa femme. Pourquoi n'aurait-il pas le droit de faire une cession-transport d'une créance non échue dont le débiteur est d'une solvabilité douteuse? Pourquoi lui défendre de céder une créance à sa valeur nominale ? Le mari qui a l'exercice des actions mobilières doit avoir aussi la faculté de disposer des objets mobiliers. Le législateur de 1804 n'a-t-il pas omis à dessein de restreindre les pouvoirs du mari à l'égard des propres mobiliers de la femme, de même qu'il n'avait pas limité ceux du tuteur sur les biens mobiliers de son pupille, de telle sorte qu'il a fallu des lois particulières comme celle du 27 février 1880, pour protéger la fortune mobilière des mineurs ? Pour les rédacteurs de notre code

(1) Cpr. *supra*, I, n. 687 *in fine*.

civil, cette fortune, en tant que la femme en est titulaire, semble ne pas mériter d'autre protection que celle qui résulte de son hypothèque légale. Aussi tenait-on pour certain, dans l'ancienne jurisprudence, que le mari avait le droit de disposer des propres mobiliers de l'épouse. Pothier (1), Lebrun (2), Bourjon (3) s'accordaient sur ce point. Enfin, ne résulte-t-il pas de l'article 1449, que la femme séparée de biens, à qui ce texte concède la libre administration, peut, comme conséquence de ce droit de large administration, disposer de son mobilier et l'aliéner ? Ce qui est vrai de la femme ne doit-il pas être également vrai du mari (4)?

Cependant nous croyons très fermement, avec la jurisprudence, que le mari n'a pas le droit d'aliéner les propres mobiliers de l'épouse (5).

Mais cette règle demande à être sagement limitée.

D'abord, il ne faut pas confondre les propres imparfaits dont la communauté devient propriétaire, avec les propres parfaits dont la propriété reste à la femme.

La question que nous examinons doit être restreinte à ces

(1) Pothier, *Communauté*, n. 325.

(2) Lebrun, *Communauté*, liv. III, chap. II, sect. I, *Distinction*, III, n. 18.

(3) Bourjon, *Droit commun de la France*, I, p. 573, *Communauté*, partie IV, chap. II, sect. II, n. 8 et 9.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Réalisation*, § 1, n. 4 ; Delvincourt, *op. cit.*, III, texte p. 42, notes et expl. 78 (seulement quant aux meubles réalisés) ; Battur, *op. cit.*, II, n. 382 ; Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, III, p. 101 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 522, texte et notes 26 et 33, p. 455, 458, 459, § 510, texte et notes 9 et 10, p. 344. — Rapp. Civ. rej., 30 avril 1890, D., 91. 1. 367.

(5) V. en ce sens Toullier, *op. cit.*, XIII, n. 326; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 318 et XV, n. 20; Odier, *op. cit.*, I. n. 278 et II, n. 728 ; Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, n. 2896; Cubain, *Droit des femmes*, n. 206; Marcadé, sur l'art. 1428, n. 2 ; Paul Pont, *Revue critique*, I, p 596, III, p. 144; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 1279; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 162 à 164; Arntz, *op. cit.*, III, n. 566-568 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 71 *bis*, IX ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 814; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1318 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1348 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 183 ; Planiol, *op. cit.*, III (2e édit) n. 1048. — Req., 2 juill. 1840, S., 40. 1. 887. — Req., 5 nov. 1860, S., 61. 1. 49, D., 61. 1. 81. — Req., 4 août 1862, S., 62. 1. 935, D., 62. 1. 480. — Civ. cass., 17 déc 1872, S., 72, 1. 421, D., 73. 1. 154. — Paris, 3 janv. 1852, S., 52. 2. 133, D., 52. 2. 447. — Riom, 3 avril 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 618. — Cette jurisprudence est d'autant plus remarquable que, sous le régime dotal, au contraire, les tribunaux reconnaissent au mari le droit d'aliéner les valeurs mobilières qui font partie de la dot de la femme.

derniers. Quant aux propres imparfaits, le mari peut en disposer commme des autres biens communs (art. 1421). Ce qui est propre à la femme en semblable hypothèse, ce n'est pas l'objet mobilier lui-même, mais seulement sa valeur pécuniaire, dont l'épouse est créancière vis-à-vis de la communauté.

Le mari pourra donc aliéner tous les objets mobiliers qui se consomment par le premier usage (arg. art. 1851). Si ces biens-là ont été exclus de la communauté, celle-ci n'en acquiert pas moins la propriété, d'après les principes du quasi-usufruit (art. 587). Par exemple, s'il s'agit d'une somme d'argent donnée à la femme avec cette condition qu'elle lui sera propre, il va de soi que cette somme ne peut demeurer propre que dans un sens imparfait : en ce sens que la femme en aura la reprise. C'est, au surplus, ce qui se produit également quand un propre de l'un des conjoints est aliéné. Tant que le prix n'en est pas payé, il y a là une créance dont la communauté a la jouissance, mais dont le conjoint est titulaire. Si le prix est soldé, alors, puisqu'il s'agit d'une somme d'argent, la communauté en a le quasi-usufruit (1).

Les mêmes pouvoirs appartiendraient encore au mari à l'égard des objets mobiliers restés propres, mais livrés à la communauté avec estimation, sans stipulation que cette estimation n'en vaut pas vente. L'estimation des objets mobiliers, nous l'avons signalé précédemment (2), entraîne, en effet, un transfert de propriété au profit de la communauté. On objecterait en vain que l'estimation ainsi faite peut très bien s'expliquer autrement que par l'idée d'un transport de propriété, en ce sens qu'il s'agirait de préciser la valeur des biens pour fixer l'étendue de la reprise de la femme. Cette raison de douter se trouve écartée par la disposition de l'article 1851 qui, en matière de société, décide que, si

(1) Angers, 26 janv. 1842, S., 42. 2. 424. — Troplong, *op. cit.*, II, n. 993; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 905 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 510, texte et note 9, p. 344 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 131 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 783.

(2) V. *supra*, I, n. 480.

la chose est estimée, l'associé ne peut réclamer que le montant de son estimation. Il n'y a pas de témérité à appliquer, par analogie, à la communauté cette disposition, d'autant mieux que, sous le régime dotal, il résulte de l'article 1551 que, si la dot consiste en objets mobiliers mis à prix par le contrat de mariage sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente, le mari en devient propriétaire et n'est débiteur que du prix donné au mobilier (1). Ce qui, sous le régime dotal, se passe dans les rapports pécuniaires de la femme avec le mari, doit être admis, sous le régime de la communauté, dans les rapports des conjoints avec cette communauté, et particulièrement dans les rapports de l'épouse avec le mari, chef de l'association conjugale, en tant du moins qu'il ne s'agit que d'appliquer le droit commun.

Peut-être faut-il mettre sur la même ligne, en argumentant de l'article 1851, les choses qui, sans se consommer, se détériorent en les gardant ou sont destinées à être vendues. Pour ces dernières, il nous semble bien, tout au moins, que l'article 1851, écrit pour la société, doit leur être appliqué par analogie sous le régime de la communauté. C'est ainsi que l'article 1403, pour les carrières ouvertes au cours du mariage, nous dit que les produits n'en tombent en communauté que sauf récompense. La communauté devant récompense, cela suppose qu'elle peut s'approprier les produits. Nous croyons qu'il faut généraliser ce cas spécial et, à ce point de vue, appliquer par analogie, à la communauté, l'article 1851. Nous sommes également disposés à admettre la même solution pour les objets qui, sans se consommer, se détériorent rapidement, tout en reconnaissant que nous avançons ainsi sur un terrain moins solide.

D'un autre côté, la règle : *En fait de meubles la possession vaut titre*, enlève à notre controverse sur le droit pour le mari d'aliéner les propres mobiliers de l'épouse, presque tout son intérêt pratique à l'égard des meubles corporels. La revendication de ces biens n'est pas, en effet, possible contre les acquéreurs de bonne foi (art. 2279).

(1) V. *infra*, III, n. 1606 s.

Dans cette double distinction des propres parfaits et des propres imparfaits d'une part, des meubles corporels et des meubles incorporels d'autre part, nous trouvons l'explication des solutions données dans notre ancien droit. Voici comment.

La communauté légale comporte bien peu de propres mobiliers (1). Or les quelques meubles réservés propres étaient, jadis, tous considérés par Pothier, — qui n'admettait pas de propres mobiliers parfaits, — comme appartenant à la communauté, chargée seulement d'en restituer la valeur. Et Bourjon, qui adoptait l'opinion commune, la justifiait par cette raison, à savoir que les meubles, stipulés propres seront presque toujours estimés; sinon, « ce qui serait singulier, le mari, relativement à des tiers, en dispose valablement parce que, en matière de meubles, la possession vaut titre (2). »

L'argument déduit de l'ancien droit perd donc toute autorité dans notre controverse. Quant aux raisons tirées des articles 1428 et 1449, il nous semble facile de les écarter. Prenons d'abord l'article 1449 : « *La femme séparée de biens peut*, nous dit-il, *disposer de son mobilier et l'aliéner.* » Il y a des difficultés sur le sens exact de cette disposition (3). Mais, abstraction faite de ces difficultés, l'article 1449, pour la femme séparée de biens qui administre son propre patrimoine, tranche une question de capacité, tandis que pour le mari, administrateur du patrimoine de la femme, le point qui nous occupe est une question de pouvoirs. Ce sont là deux ordres d'idées fort différents. L'article 1449 relève la femme séparée de biens d'une partie de l'incapacité qui l'atteint de droit commun en qualité d'épouse. Dans notre cas, au contraire, il s'agit d'une personne qui administre la fortune d'autrui, et le principe auquel il convient de revenir est formulé par l'article 1988. Il en résulte qu'un mandataire général n'a pas le pouvoir

(1) V. *supra*, I, n. 463 s.

(2) Bourjon, *Droit commun de la France*, I, p. 573, *Communauté*, partie IV, chap. II, sect. II, n. 8 et 9.

(3) V. *infra*, III, n. 1496 s.

d'aliéner ou, plus exactement, que pour aliéner il faut un mandat exprès. On ne peut pas, en un mot, argumenter d'une question de capacité pour trancher une question de pouvoirs. Reste l'argument *a contrario* de l'article 1428. Cet argument, qui a sa valeur, n'est pas décisif. Si le texte ne parle pas des meubles, c'est parce que le législateur n'y a envisagé que l'hypothèse de la communauté légale et que peut-être il n'a pas songé aux meubles propres, à raison de leur rareté sous un semblable régime. Cependant on peut insister, dans l'opinion contraire, et dire que si. La preuve que l'on a pensé aux meubles, c'est que, dans l'article 1428, on parle des actions qui les concernent. Nous croyons, en effet, que le silence de l'article 1428 sur les meubles s'explique autrement. On conçoit qu'il n'en ait pas été parlé parce que, pour ces biens-là, il y avait lieu de faire les distinctions indiquées ci-dessus, qui ne permettaient pas de poser une règle absolue. D'autre part, l'argument tiré *a contrario* de l'article 1428 serait bon si, relativement aux immeubles, ce texte s'écartait du droit commun. Or cela n'est pas, car, pour les immeubles, l'article 1428 contient une application des principes généraux. Par suite, l'argument *a contrario* qu'on en déduit procède mal. Du reste, quand il s'agit des actions mobilières, il y a un texte formel qui les attribue au mari, et si l'on avait voulu lui donner aussi un pouvoir d'aliénation sur le mobilier propre de la femme, on aurait rédigé, sans doute, un texte à cet effet.

Mais, prétend-on, l'aliénation est souvent le seul ou le meilleur moyen d'administrer les valeurs mobilières (1). Nous avons, par avance, fait la part à cette objection. Certains meubles sont, en effet, *par leur nature*, — comme les pierres, ou les arbres tombés dans une futaie non aménagée — ou, *par leur état*, — meubles rendus inutiles par leur vétusté, — destinés à être vendus (art. 1851). Les vendre, c'est faire acte d'administration. D'ailleurs, en fait, la question de la nullité de la vente, avons-nous dit, ne se posera guère relativement aux meubles corporels (art. 2279).

(1) Troplong, *op. cit.*, III, n. 1937,

Elle a, au contraire, une réelle importance quant aux meubles incorporels, créances ou autres valeurs mobilières, surtout à notre époque où la fortune mobilière a atteint un si grand développement.

C'est sur ce terrain surtout que la controverse est sérieuse. Pourquoi le mari, qui peut et qui doit assigner le débiteur de la femme en paiement, recevoir le capital, en donner décharge, n'aurait-il pas le droit de consentir la cession-transport d'une créance, soit pour un prix voisin de sa valeur nominale si elle est bonne, soit à prix réduit, et comme un sage administrateur, si la solvabilité du débiteur donne des inquiétudes ? N'est-il pas utile encore de laisser au mari toute liberté pour qu'il puisse aliéner d'urgence les valeurs de Bourse qui peuvent appartenir en propre à sa femme, alors que les fluctuations de ces valeurs sont si considérables ?

Toutefois, n'insistons pas sur ces valeurs. En effet, si elles sont au porteur, les tiers acquéreurs de bonne foi ne sauraient être dépouillés. Si elles sont nominatives, la signature de la femme sera certainement exigée par les agents de change, par les administrations des sociétés intéressées s'il s'agit d'actions ou d'obligations, par le Trésor public pour les rentes sur l'État.

L'intérêt du débat se trouve donc toujours concentré sur les créances.

Il est certain que le mari a qualité pour recevoir seul le capital, soit d'une créance, soit d'une rente perpétuelle de l'épouse et en donner quittance (1).

Un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, rendu le 25 juillet 1843, semble même admettre que le mari peut consentir à une dation en paiement ayant pour objet une créance de la femme. Mais il ne faut pas s'y mépren-

(1) V. Colmar, 23 déc. 1863, S., 64. 2. 111 ; Req., 25 juill. 1843, S., 51. 1. 258. — Le mari, en recevant le paiement, pourrait même consentir à une subrogation. De là, il serait erroné de conclure qu'il doit lui être permis de faire une cession de la créance dont il peut recevoir le paiement. En effet, s'il y a dans la subrogation une cession de créance, elle est purement fictive. La capacité de subroger est celle de recevoir un paiement et non pas celle de faire une cession-transport. — V. également et rapp. *infra*, III, n. 1631.

dre. La Cour suprême n'a pas approuvé par cet arrêt un abandon que le mari aurait directement fait de la créance de sa femme en paiement d'une dette. Dans l'hypothèse, le mari avait acheté un immeuble du débiteur de sa femme, et opéré une compensation conventionnelle jusqu'à due concurrence entre ce qu'il devait personnellement et la somme qu'il pouvait exiger au nom de l'épouse. La Cour d'appel avait eu le soin de constater que le mari était censé avoir reçu du débiteur de la femme tout le capital par lui dû ; il avait donc usé de son droit de donner décharge, « *soit qu'il « ait reçu ce capital en argent, soit qu'il l'ait reçu dans un « immeuble.* » Le mari était donc comptable, envers la femme, d'une somme d'argent égale au montant intégral de la créance. Or, la cession-transport moyennant un prix plus ou moins inférieur au capital nominal de la créance, prix dont la femme devrait se contenter, serait un acte plus exorbitant de la part du mari.

Quant à la dation en paiement qui tendrait à attribuer à la femme un immeuble aux lieu et place de la somme qui était due, elle constituerait un remploi impossible sans l'acceptation de l'épouse (art. 1435). C'est ce que la Cour d'appel a fort bien vu, et l'on comprend que le pourvoi dirigé contre son arrêt ait échoué.

Il ressort donc très nettement de ces deux arrêts, que le mari ne pourrait pas échanger la créance de la femme contre un immeuble sans qu'elle y consentît (1).

De même, étant donné le principe d'après lequel pour avoir le droit de constituer en gage un objet il faut en être propriétaire, le mari ne pourrait pas, sans le concours de l'épouse, donner en gage, pour garantir une de ses dettes, une créance représentant en totalité ou pour partie le prix d'un bien propre de la femme aliéné pendant le mariage (2).

En somme, aucun texte ne donne au mari le droit d'aliéner les valeurs mobilières de la femme. Les termes de l'article 450, relatif aux pouvoirs du tuteur qui « *représente le mineur dans tous les actes civils* » (V. aussi art. 452, 457), tranchent

(1) Req., 25 juill. 1843, S., 51. 1. 258.
(2) V. Riom, 3 avril 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 618.

singulièrement avec ceux de l'article 1428, qui se borne à accorder au mari « *l'administration de tous les biens de la femme* ». Aussi la Cour de cassation a-t-elle pu dire avec raison, que le droit du mari « *d'administrer les propres de l'épouse est exclusif du droit de les aliéner* (1). »

La Cour suprême consent cependant, parfois, à considérer comme un acte d'administration une aliénation urgente et sage (2). Mais elle n'en maintient pas moins pour cela le principe ci-dessus indiqué. Lui seul nous paraît exact.

Le mari ne pourrait aliéner un propre mobilier de l'épouse qu'en vertu d'un mandat spécial que la femme lui aurait donné (3).

760. Mais de ce que le mari n'a pas le droit d'aliéner des valeurs mobilières appartenant à l'épouse, il n'en faut pas conclure qu'il ne puisse pas exiger la remise des titres. Le droit de posséder les titres appartient, en effet, à tout usufruitier (4).

III. *De la distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition : De l'acceptation et de la répudiation des successions, legs, dons manuels, etc. Des baux.*

761. Le mari n'a le droit de faire seul que les actes d'administration des biens personnels de la femme. En principe, toute aliénation de propres mobiliers ou immobiliers doit être consentie par l'épouse.

La distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition est souvent délicate, soit à l'égard des meubles, soit même relativement aux immeubles.

(1) Req., 5 nov. 1860, S., 61. 1. 49, D., 61. 1. 81.

(2) Civ. rej., 21 juin 1870, S., 71. 1. 49. D., 71. 1. 294. — Rapp. Paris, 23 mars 1860, S., 60. 2. 172 et Cpr. J. Lyon, 18 avril 1894, *Gaz. Trib.*, 6 juin 1894, cité par la *Gaz. Pal.*, Table 1894, II, p. 41, v° *Communauté*, n. 27. — Huc, *op. cit.*, IX, n. 184 et *Cession*, I, n. 246.

(3) Civ. cass., 17 déc. 1872, S., 72. 1. 421, D., 73. 1. 154. — Aux termes de cet arrêt, l'existence du mandat donné par la femme au mari peut s'établir au moyen d'un commencement de preuve par écrit résultant de la correspondance de la femme, et appuyé d'un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes.

(4) Amiens, 18 oct. 1893, *Gaz. Pal.*, Table 1894, II, p. 41, v° *Communauté*, n. 32.

Au point de vue des meubles, nous venons de constater que la jurisprudence tend à ranger parmi les actes d'administration les aliénations urgentes et sages. Elle a validé parfois, à ce titre, des actes d'aliénation tendant à transformer en droits certains des droits aléatoires, actes plus ou moins exactement qualifiés de transaction sur une action en responsabilité ou de règlement à forfait (1). Cette indulgence, peut-être excessive, est une conséquence de la controverse sur les pouvoirs du mari comme administrateur des propres mobiliers de la femme, et une demi-victoire de ceux qui veulent attribuer à ce mari le droit de les aliéner.

A l'égard des immeubles, la distinction entre les actes d'administration et les actes d'aliénation est plus rigoureusement observée. Les principes sont plus exactement obéis.

Ainsi, tandis qu'il a été jugé que la vente de pins maritimes sur pied est un acte de bonne administration que le mari peut faire seul, lorsque ces arbres ont produit le maximum de fruits et sont à un âge tel qu'il est prudent de les abattre (2), il a été décidé, d'autre part, que le mari ne peut pas concéder seul l'ouverture d'une carrière sur un immeuble appartenant à la femme, immeuble qui n'était pas antérieurement affecté à ce genre d'exploitation. En le faisant, il dépasserait ses droits d'usufruitier. C'est une aliénation exigeant le consentement de l'épouse (3).

De même, il a été admis que le mari ferait un acte d'aliénation en consentant seul un traité par lequel il renoncerait, au nom de la femme et de ses héritiers à perpétuité, à toute indemnité fondée sur les dommages que pourraient causer à un domaine les eaux d'un canal qui vient d'être établi (4). Dès qu'il s'agit de régler l'indemnité d'un dommage ne s'attaquant pas exclusivement au droit de jouissance tempo-

(1) Civ. rej., 21 juin 1871, S., 71. 1. 49, D., 71. 1. 294.

(2) Pau, 23 nov. 1893, *J. des notaires*, 1894, p. 547 ; *Gaz. Pal.*, Table 1891, II, p. 41, v° *Communauté*, n. 29.

(3) Amiens, 30 nov. 1837, S., 38. 2. 369. — Troplong, *op. cit.*, II, n. 991 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II. n. 908 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, texte et note 22, p. 347 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 803.

(4) C. d'Etat, 28 fév. 1845, S., 45. 2. 381, D., 45. 3. 125. — *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1364.

raire de la communauté, le mari, chef de cette communauté, n'a plus de pouvoirs suffisants. Le préjudice amoindrit le droit de propriété lui-même. En légitimer la cause par une approbation même non gratuite, c'est aliéner. Le consentement de la femme est, par suite, nécessaire.

762. En somme, les pouvoirs du mari, chef du ménage et chef de la communauté, sont limités par cette double règle, à savoir que le mari ne peut ni aliéner les biens propres de la femme, ni contracter des obligations à la charge personnelle de celle-ci sans son consentement.

L'application de ces principes est particulièrement intéressante dans deux cas : l'acceptation et la répudiation des successions, legs, dons manuels, etc., et le louage des immeubles.

A. *De l'acceptation et de la répudiation des successions.*

763. Sur ce premier point, nous pouvons être brefs, à raison des explications déjà données à propos du passif de la communauté (1).

A notre avis, la femme a, seule, qualité pour accepter ou répudier les successions, même purement mobilières, qui lui échoient au cours de la communauté.

764. Si les deux époux ne s'entendent pas sur le choix à faire entre l'acceptation et la répudiation de la succession échue à la femme, le désaccord entre eux est facile à trancher lorsque l'épouse voulant accepter, le mari préfère répudier la succession. En effet, la femme, ne pouvant pas obtenir de son conjoint l'autorisation qui lui est nécessaire, sollicitera cette autorisation des tribunaux. La justice, après avoir examiné les motifs du refus du mari, accordera à l'épouse ou lui refusera cette autorisation (2).

(1) V. *supra*, I, n. 537 et s. — V. également Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité des Successions*, I, n. 1448 s., II, 1637 *in fine* (1re éd.), II, 1047 s. (2e éd.).

(2) Merlin, Rép. v° *Sép. de biens*, section II, § I, IX, signale une opinion singulière soutenue devant le Parlement de Normandie. On prétendit, et il fut d'abord jugé que la femme, sur le refus de son mari de recueillir une succession à elle échue, pouvait se faire autoriser à se faire porter héritière et se faire déclarer *civilement séparée*, sans restriction. Sur ce dernier point, la sentence fut

Les conséquences d'une acceptation de succession faite par la femme avec la seule autorisation de la justice sont d'ailleurs précisées par les articles 1413, 1416 alinéa 2 et 1417. Même, en cas d'acceptation pure et simple, un inventaire met, dans notre hypothèse, la communauté à l'abri de toute poursuite des créanciers héréditaires. Ceux-ci ne peuvent exercer leurs droits que sur les biens provenant de la succession et sur la nue propriété des biens propres de l'épouse (1).

765. Mais, alors que la femme ne saurait renoncer à une succession sans l'autorisation de son mari ou de la justice (2), il est possible que le mari voulant accepter la succession échue à l'épouse, la femme soit d'avis de renoncer et n'obtienne point à cet effet, à défaut d'autorisation maritale, celle des tribunaux. Nous dirons que, en une semblable hypothèse, il ne pourra y avoir ni acceptation ni répudiation de la succession. La femme ne saurait être tenue des dettes héréditaires et de l'obligation du rapport sans avoir fait valablement un acte d'acceptation tacite ou expresse. Imaginons qu'il s'agisse d'une succession purement mobilière : celle-ci n'appartient pas à la communauté, puisque cette succession n'y peut tomber que si elle a été préalablement acquise à l'épouse par une acceptation qui ne saurait émaner que d'elle-même (3).

Toutefois, en présence de la femme héritière ne prenant pas parti, les créanciers héréditaires pourront l'assigner en paiement de ce qui leur est dû. Elle sera alors condamnée et aura la qualité d'héritière acceptante, du moins, vis-à-vis des demandeurs (art. 800). Chose remarquable, le tribunal saisi par la femme d'une demande d'autorisation afin de renoncer à la succession qui lui est échue, pourra, par le refus d'autorisation que nous supposons, la contraindre indirectement à se laisser ainsi condamner, comme accep-

infirmée par arrêt du Parlement de Rouen en février 1723. Cpr. Dutruc, *Séparation de biens* n. 89.

(1) V. *supra*, I, n. 546, 547.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité des successions*, II, n. 1443 *in fine* et 1455 (1re édit.), n. 1052 s. (2e éd.).

(3) V. *supra*. I, n. 553.

tante, vis-à-vis des créanciers héréditaires qui poursuivent contre elle leur paiement.

766. Notons enfin que les deux époux étant en désaccord, le mari voulant accepter, la femme renoncer, la justice peut, à défaut du mari, donner à l'épouse l'autorisation de faire cette renonciation à la succession qui lui est échue.

767. Il nous semble qu'il ne peut pas s'élever d'objection sérieuse contre l'application de notre théorie à l'acceptation des donations entre vifs ou des dons manuels. Il appartient à la femme seule d'accepter les libéralités qui lui sont offertes. Qu'elle ne puisse les accepter que si elle y est autorisée, rien de plus exact (art. 217 et 934). Mais on ne voit pas à quel titre le mari pourrait accepter, au nom de l'épouse, une libéralité qui, n'étant pas acquise à celle-ci, l'est moins encore à la communauté.

768. Nous étendrons, sans difficulté cette solution aux legs, soit particuliers, soit universels ou à titre universel.

769. Au contraire, dans la doctrine que nous avons répudiée (1), où l'on permet au mari, chef de la communauté, d'accepter, malgré la femme, une succession mobilière échue à celle-ci au cours du mariage, on hésitera à lui accorder le même droit, tout à la fois à l'égard des successions immobilières, des successions comprenant des meubles et des immeubles, à l'égard des legs universels ou particuliers et des donations entre vifs.

Or, si l'on veut distinguer, on ne voit pas bien où doit être tracée la ligne de démarcation. Il y a là une raison encore pour repousser la thèse que nous avons combattue.

B. *Des baux des immeubles personnels de la femme.*

770. Lorsqu'un bail concernant un immeuble personnel de l'épouse est consenti tout à la fois par le mari et par la femme, il est évidemment inutile de rechercher s'il excède ou non les pouvoirs d'administration du mari. Cet acte devra être exécuté pour toute sa durée, même après la dissolution de la communauté.

(1) V. *supra*, I, n. 553.

Le mari et la femme auraient pu, conjointement, faire une aliénation de l'immeuble, même à titre gratuit; ils peuvent, à plus forte raison, constituer valablement un usufruit, une emphytéose, passer un bail de plus ou moins longue durée, par exemple, un bail de plus de dix-huit ans, soumis, dans ce cas, à la transcription pour pouvoir être opposable aux tiers (art. 2 de la loi du 23 mars 1855) (1).

En tant que ces actes entraînent des aliénations ou sortent des limites de l'administration confiée au mari, ils ne sont valablement passés que par la femme assistée de son conjoint, ou, ce qui revient au même, par l'époux agissant au nom et comme porteur de la procuration de l'épouse.

771. Mais souvent le bail est consenti par le mari seul. Ce dernier ayant le pouvoir d'administrer mais non celui d'aliéner les propres de la femme, il devient alors important de préciser la distinction entre les baux qui constituent des actes d'administration, et ceux qui excèderaient les pouvoirs du mari.

Celui-ci, exerçant comme chef de la communauté une sorte de droit d'usufruit, peut exploiter lui-même les immeubles de l'épouse, avec ou sans auxiliaires, — ouvriers, domestiques, — ou bien les faire occuper ou cultiver par des locataires, fermiers, métayers ou colons.

En cas d'exploitation directe, tout se réduit, entre la communauté et la femme ou ses représentants, à une question de répartition des fruits recueillis pendant la dernière année de la communauté. Il suffit d'appliquer la règle tracée par la loi en matière d'usufruit, à savoir que les fruits naturels ou industriels s'acquièrent seulement par la perception (article 585).

La part des fruits de la dernière année, revenant au bailleur, se répartit de la même manière, quand les immeubles sont exploités par un colon partiaire.

Au contraire, en cas d'exploitation des immeubles de la

(1) Duranton *op. cit.*, XIV, n. 30; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 919; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 140; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 791; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1410, *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1410; Huc, *op. cit.*, IX, n. 191.

femme en vertu d'un bail à loyer ou à ferme, on applique la règle d'après laquelle les fruits civils s'acquièrent jour par jour (art. 586). Les fermages ont, en effet, été rangés par le code civil dans cette dernière catégorie de fruits.

En conséquence, la communauté aura tous les fruits naturels ou industriels perçus avant sa dissolution. Elle n'aura aucun droit sur ceux qui seront perçus ultérieurement. Pour les loyers et fermages, ils se partageront proportionnellement au nombre de jours courus sur la dernière année jusqu'au moment de la dissolution de la communauté.

772. Mais au cas de bail à métairie, au cas de bail à ferme ou de bail à loyer, toute difficulté n'est pas résolue par le partage des fruits de l'année dans laquelle la communauté prend fin. Une autre question s'élève. Que devient, en effet, le bail ? Il ne peut pas, évidemment, être interrompu, d'une façon brusque et inopinée, par l'événement qui dissout la communauté. A ce compte, les maris ne trouveraient ni métayers, ni fermiers, ni locataires.

Le bail doit donc survivre plus ou moins longtemps au droit de jouissance de la communauté. Mais pendant combien de temps et d'après quelles règles ?

773. Le législateur a sagement considéré que la question se posait dans les mêmes termes, toutes les fois qu'un administrateur légal donne à bail des biens qui lui sont confiés, et qu'il faut assimiler au mari : le père usufruitier légal des biens de ses enfants, l'usufruitier ordinaire (art. 595), le tuteur (art. 1718).

Nous ajouterons à cette liste les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent.

Puis, pour le mari, nous ferons observer que les articles 1429 et 1430 sont des textes fondamentaux, quand il s'agit d'apprécier dans quelle mesure cet époux, non seulement sous le régime de la communauté, mais sous n'importe quel régime, peut consentir des baux opposables à l'épouse. Les décisions de ces textes s'appliquent, en effet, à n'en pas douter, au mari sous le régime exclusif de communauté, — en tant qu'il s'agit de passer bail des biens appartenant à la femme, biens dont il a la jouissance, —

comme au mari sous le régime dotal à l'occasion des baux concernant les biens dotaux.

On peut dire, d'une manière générale, que les articles 1429 et 1430 tranchent une question de pouvoirs pour l'administrateur légal de la fortune d'autrui. Mais ces textes ne s'appliqueraient pas aux personnes qui administrent leur propre fortune. Il en serait ainsi de la femme séparée de biens, puisque, pour elle, ce n'est plus une question de pouvoirs, mais de capacité qui se pose (1). Nous aboutirions à une solution analogue pour le mineur émancipé, si nous n'avions un texte, l'article 481, précisant ce point par la déclaration que le mineur émancipé, qui n'a pas la capacité d'aliéner, passera les baux dont la durée n'excèdera pas neuf ans.

En somme, les articles 1429 et 1430, — textes d'une grande importance pratique, — consacrent des règles générales qu'il eût été dès lors plus logique d'inscrire au titre du louage.

774. Article 1429 : « *Les baux que le mari seul a faits* « *des biens de sa femme pour un temps qui excède neuf ans,* « *ne sont, en cas de dissolution de la communauté, obliga-* « *toires vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers que pour* « *le temps qui reste à courir soit de la première période de* « *neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la* « *seconde, et ainsi de suite, de manière que le fermier* « *n'ait que le droit d'achever la période de neuf ans où il* « *se trouve.* »

Article 1430 : « *Les baux de neuf ans que le mari seul a* « *passés ou renouvelés des biens de sa femme, plus de trois* « *ans avant l'expiration du bail courant s'il s'agit de biens* « *ruraux, et plus de deux ans avant la même époque s'il s'agit* « *de maisons, sont sans effet, à moins que leur exécution* « *n'ait commencé avant la dissolution de la communauté.* »

De ces textes découlent trois règles que l'on peut formuler ainsi :

1° Le mari ne peut pas consentir, pour plus de neuf

(1) V. *infra*, III, n. 1500.

ans (1), un bail opposable à la femme ou à ses héritiers lors de la dissolution de la communauté.

2° Du reste, il n'est pas nécessaire, pour que ce bail puisse être opposé à la femme, qu'il soit en cours lorsque la communauté prend fin. Il suffit qu'il n'ait pas été consenti trop longtemps d'avance. L'article 1430 ne considère le bail comme passé ou renouvelé prématurément, que s'il l'a été plus de trois ans avant l'expiration du bail courant s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans, avant la même époque, s'il s'agit de maisons.

3° Mais le mari, ayant, comme chef de la communauté, des pouvoirs illimités quant aux actes à titre onéreux, a pu consentir valablement des baux d'une durée supérieure à neuf années en tant qu'ils sont opposables à la communauté.

774 *bis*. Revenant à la seconde de nos deux règles, on peut se demander pourquoi il existe une différence, au point de vue des délais de renouvellement, entre les baux de biens ruraux et les locations de maisons. Cette différence de délais, plus ou moins longs selon les cas, repose d'abord sur cette considération de fait qu'il est relativement plus aisé de trouver un bon locataire qu'un bon fermier. D'autre part et surtout, elle s'explique plus encore peut-être par cet autre motif, à savoir que les changements de fermiers se prévoient plus longtemps à l'avance en raison des assolements.

Il résulte donc clairement de l'article 1430, inspiré au législateur par la nécessité d'une bonne administration, que le mari n'est pas forcé d'attendre l'expiration du bail en

(1) Pourquoi le législateur a-t-il fixé cette limite de neuf ans ? Il s'est ici inspiré des traditions. Dans notre ancien droit, en effet, les baux faits pour dix ans ou plus étaient considérés comme dépassant les limites des actes d'administration et présumés baux à rente entraînant une aliénation. Les parties pouvaient déclarer expressément, toutefois, qu'elles n'entendaient faire qu'un simple bail à loyer ou à ferme, bien que ce bail fût consenti pour un temps plus long que celui de neuf ans (Pothier, *Traité du louage*, n. 27 s.). Aujourd'hui, sans doute, le bail de plus de neuf ans, — l'ancien bail à long terme, — ne devient pas, comme jadis, un acte d'aliénation. Néanmoins, c'est par un souvenir de l'ancienne règle que le législateur a fixé à neuf ans la durée *maxima* pendant laquelle un bail passé par un administrateur légal de la fortune d'autrui devient opposable au propriétaire de cette fortune.

cours pour le renouveler, et que le délai le plus long pendant lequel la femme ou ses héritiers, — sans distinguer selon qu'ils acceptent ou non la communauté, — peuvent être liés en vertu d'un bail consenti par le mari, est de douze ans pour les biens ruraux et de onze ans pour les maisons.

En supposant que le mari ne se conforme pas aux règles édictées par la loi dans l'article 1430 pour le renouvellement des baux, le nouveau bail sera sans effet à l'égard de la femme ou de ses héritiers s'il n'a pas commencé lors de la dissolution de la communauté. Si, au contraire, il est en cours à cette époque, il faudra lui appliquer l'article 1429 (1).

On peut enfin prévoir que le mari, ayant renouvelé le bail dans la période fixée par l'article 1430, ait consenti un bail de plus de neuf ans, et que ce nouveau bail ne soit pas encore commencé quand se dissout la communauté. En se fondant sur l'article 1429, d'après lequel les baux excédant neuf années consentis par le mari seul ne sont, en cas de dissolution de la communauté, obligatoires pour la femme ou ses héritiers *que pour le temps qui reste à courir de la période de neuf ans commencée au jour de la dissolution*, il est permis, avec certains auteurs (2), de prétendre que ce bail n'est nullement obligatoire pour la femme ou ses représentants. Toutefois, cette hypothèse rentre-t-elle bien dans les prévisions de l'article 1429 ? Ce texte ne vise-t-il pas uniquement un bail consenti pour plusieurs périodes de neuf ans, et par suite passé prématurément pour toutes les périodes autres que la première? Au contraire, dans l'hypothèse que nous examinons, le bail n'est pas passé trop longtemps à l'avance. Pourquoi, dès lors, ne serait-il pas simplement

(1) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 410 ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 1029 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 922; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, texte et note 17, p. 346; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 143; Arntz, *op. cit.*, III, n. 666; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 792; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 643, note 11, p. 107; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Bail*, n. 133 s., et v° *Communauté*, n. 1412; Huc, *op. cit.*, IX, n. 191; Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n. 1059. — Cpr. Proudhon, *Usufruit*, III, n. 1213.

(2) V. Marcadé, sur l'art. 1430, n. 2; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 922; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1413.

réductible à neuf années, s'il a été fait pour une durée excessive ?

774 *ter.* Cette difficulté mise de côté, il importe de rapprocher la troisième règle énoncée ci-dessus des deux autres.

La conciliation de cette troisième règle avec les deux premières se fait de la manière suivante à la fin de la communauté (1). Le bail se subdivise en périodes de neuf ans à partir du début. Par exemple, un bail de vingt-cinq ans sera réputé fait pour trois périodes, à savoir : la première et la seconde de neuf ans chacune, et la troisième de sept ans, commençant à la fin de la dix-huitième année et se terminant avec la vingt-cinquième. Au moment de la dissolution de la communauté, ce bail ne sera plus obligatoire pour la femme ou ses héritiers, acceptant ou répudiant la communauté peu importe, que pour ce qui reste de la période en cours à cette époque (art. 1429) (2). Le preneur a donc intérêt à faire *réitérer* le bail pour une période de neuf ans, surtout s'il reste moins de deux ou trois ans à courir sur la période actuelle. Sans cette précaution, il peut craindre de se voir expulser quelques mois, ou même quelques semaines seulement après la dissolution de la communauté.

C'est, d'ailleurs, une faculté pour la femme ou ses héritiers de demander que le bail soit réduit aux limites qui viennent d'être indiquées. L'épouse a le droit, si elle le préfère, d'en exiger l'exécution complète. Le locataire ou le fermier est donc à sa discrétion après la dissolution de la communauté, s'il a eu l'imprudence de se lier pour une durée de plus de neuf années (3). Le seul tempérament que cette solution

(1) V. I, n. 774.

(2) Toullier, *op. cit.*, XII, n. 407 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 918 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, p. 345 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 136 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 788 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1408 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1408 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 191 ; Planiol, *op. cit*, III, (2e édit.), n. 1059.

(3) Duvergier, *Du louage*, I n. 41 ; Troplong, *Du louage*, I, n. 151 ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 311 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 919 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, p. 345-346; Laurent, *op. cit.*, XXVII, n. 136; Arntz, *op. cit*, III, n. 667 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 738; Massé et Vergé sur Zachariæ, IX,

puisse comporter consiste à décider que ce fermier ou ce locataire imprudent pourra mettre la femme en demeure de s'expliquer et de lui faire savoir dans un bref délai, à impartir par le tribunal, si elle entend réduire le bail ou le maintenir pour toute sa durée.

775. Mais il est certain que la femme ne pourrait pas, pendant la communauté, réclamer, avec l'autorisation de son mari ou de la justice, la réduction à neuf années d'un bail plus long. Une semblable demande serait, d'abord, dénuée d'intérêt de la part de la femme. De plus, elle serait contraire au texte de l'article 1429 et aux droits du mari quant à la jouissance des biens propres de l'épouse.

776. Il en est différemment d'un bail consenti par un mineur émancipé (art. 481), qui dans aucun cas ne vaut pour plus de neuf ans. En tant qu'il a été stipulé pour une durée plus longue, le contrat de bail est entaché d'une nullité relative que le mineur émancipé peut invoquer sans être obligé d'attendre sa majorité. L'article 1718 ne doit donc pas être pris à la lettre sur ce point spécial, quand, renvoyant purement et simplement aux articles 1429 et 1430, il dit que ces textes « *sont applicables aux baux des biens des mineurs* ». Aussi, malgré un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour suprême du 7 février 1865 (1), est-il permis de douter que le tuteur ait le droit de faire seul et sans l'autorisation du conseil de famille des baux de plus de neuf ans, pourvu qu'ils n'excèdent pas la durée de la minorité. Nous reconnaissons qu'on peut invoquer, en faveur de ce système, la lettre des articles 1718 et 1429. Mais nous venons de constater, par avance, combien cet argument de texte est ébranlé par l'article 481.

D'autre part, ce système est en contradiction flagrante avec les principes. Que le mari usufruitier du chef de la communauté, que le père administrateur en vertu de son usufruit légal, que l'envoyé en possession provisoire des biens d'un

§ 613, note 8, p. 107 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1409 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Bail*, n. 133 s. et v° *Communauté*, n. 1409; Huc, *op. cit.*, IX, n. 191 ; Planiol. *op. cit.*, III (2e éd.), n. 1059.

(1) S., 65. 1. 57.

absent, que tout usufruitier puissent, dans la mesure de leur propre droit, consentir un bail supérieur à neuf années : ceci est parfaitement justifié. Le législateur, dans ces divers cas, n'est intervenu et n'a dû intervenir que dans l'intérêt du nu propriétaire ou de celui dont le droit est analogue à une nue propriété. Il doit, au contraire, intervenir pendant la tutelle en faveur du mineur ou de l'interdit. Il serait étrange de décider que l'incapable ne doit être protégé contre les baux d'une durée excessive que lorsqu'il sera devenu majeur, relevé de son interdiction ou décédé. Est-ce que, d'ailleurs, l'argument de texte tiré des articles 1718 et 1429 sera lui-même respecté, si nous décidons que le mineur émancipé pourra faire réduire les baux consentis par son tuteur pour plus de neuf ans avant son émancipation? Ou bien admettrons-nous cette inconséquence, à savoir que le mineur émancipé subira les baux de longue durée passés par le tuteur avant l'émancipation, alors qu'il ne serait pas tenu de subir des baux de cette nature s'il les avait consentis lui-même depuis qu'il a été émancipé? La question valait du moins la peine d'être renvoyée à l'examen de la chambre civile.

Tout ce que l'on peut dire en faveur de l'application littérale de l'article 1429 aux baux consentis par le tuteur, c'est que celui-ci sera responsable envers le mineur du préjudice pouvant résulter d'un bail d'une durée exagérée. Et encore, comment rendre le tuteur responsable d'un tel acte, si l'on commence par concéder qu'il l'a consenti dans la plénitude de ses attributions (1) ?

777. Quoi qu'il en soit, et revenant au mari administrateur des biens propres de l'épouse, il ne devra, en principe, aucune indemnité au preneur, en supposant que le bail par lui passé soit réduit dans sa durée ou considéré comme non avenu parce qu'il avait été consenti ou renouvelé prématurément.

La solution contraire ne devrait être admise que si le mari avait loué l'immeuble en dissimulant au preneur de

(1) V. *Note* dans S., 65. 1. 57, et les autorités en sens divers qui y sont signalées. Aj. Guillouard, *Traité du louage*, n. 46.

bonne foi qu'il s'agit d'un bien propre de la femme, ou encore s'il avait promis la ratification de celle-ci (1).

Les dommages et intérêts ainsi encourus par le mari sont une dette de la communauté, que la femme acceptante supportera par moitié ou, du moins, jusqu'à concurrence de son émolument (2).

778. Un bail n'excédant pas neuf ans peut lui-même être annulé, lors de la dissolution de la communauté, s'il a été fait en fraude des droits de la femme. C'est l'application d'un principe général et traditionnel (3) qui se rattache à l'action paulienne. Nous l'avons rencontré déjà, dans l'ancien droit, à propos des aliénations des conquêts de communauté (4). D'autre part, l'article 1673 le consacre formellement pour les baux consentis par un acquéreur contre lequel est exercé un réméré. On s'accorde, en général, à étendre la disposition de cet article aux baux passés par un usufruitier ou un administrateur des biens d'autrui (5).

779. Mais à quels signes reconnaîtra-t-on la fraude ? La vileté du prix en est un indice, sans toutefois la constituer à elle seule (6), car le mari peut avoir été malheureux ou mala-

(1) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 314 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 923 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, texte et note 20, p. 346 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 137; Arntz, *op. cit.*, III, n. 667 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 793, 791; Marcadé, sur l'art. 1430, n. 2 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1414, *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1414 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 193.

(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 923 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1415 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1415. — *Contra* Huc, *op. cit.*, IX, n. 193.

(3) Polhier, *Traité de la puissance du mari*, n. 94 s. ; Lebrun, *Communauté*, liv. II, ch. II, sect. IV, n. 44.

(4) V. *supra*, I, n. 649 s., 660 s.

(5) Troplong, *op. cit.*, II, n. 1030; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 924; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, texte et note 15, p. 345; Laurent, *op. cit.*, XXIII, n. 145; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 789, et *Traité du louage*, n. 63-64; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1416. — *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1416.

(6) Req., 11 mars 1824, S. chr.—V. et cpr. Pothier, *Du louage*, n 36; Domat, liv. I, tit. IV, sect. I, n. 8. — Observations de Camus sur l'art. 227 de la *Coutume de Paris* dans Ferrière, III, p. 257-258. — Dumoulin, *Coutume de Paris*, § 33, glose, I, n. 41 et 47 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 924 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 147; Aubry et Rau, *op. cit.* V, § 510, texte et note 15, p. 345 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 790.

droit. Pour que la fraude ou la simulation apparaisse, il faudra démontrer, par exemple, que le loyer apparent n'est pas le loyer réel, que le mari en a détourné ou dissimulé une partie en se faisant remettre un pot de vin excessif, en dehors des usages. Dans ce cas, la femme ou ses héritiers se bornent à démontrer que le fermage réel est supérieur au prix apparent, ou, ainsi que nous le verrons dans un instant (1), que le mari a reçu par anticipation une partie du fermage ou du loyer correspondant aux années qui suivront la dissolution de la communauté.

Mais il n'est pas nécessaire, pour faire annuler le bail comme frauduleux, de prouver que la communauté et le mari réalisent sur les loyers ou fermages un bénéfice aux dépens de la femme. Il suffit que le mari ait eu l'intention, soit de favoriser un parent ou un ami, soit de nuire à l'épouse ou à ses héritiers. Cette intention, qui, disons-nous, n'est pas prouvée d'une manière indiscutable par le seul fait de l'abaissement excessif des loyers ou fermages, peut être suffisamment établie aux yeux des juges, souverains appréciateurs des faits, par le rapprochement des circonstances au milieu desquelles le bail a été consenti. Par exemple, le mari sentait sa fin prochaine : il est visible qu'il s'est empressé de passer bail à ceux qu'il voulait favoriser et qui auraient, quelques mois plus tard, en traitant avec la femme, accepté des conditions beaucoup plus rigoureuses. Ou même, tout simplement, le mari, durant une instance en séparation de corps ou en divorce, a manifestement cédé au désir de nuire à la femme, en affermant des biens jusque-là non affermés et dont elle aurait conservé la jouissance avec profit. Ou encore, le mari s'est donné le malin plaisir d'amoindrir les revenus de sa femme (2).

(1) V. *infra*, I, n. 791.

(2) Rapp. Rennes, 2 janv. 1808, S. chr. — Poitiers, 21 mai 1823, P. chr. — Angers, 16 août 1820, S. chr. — Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n. 94 s. ; Lebrun, *Communauté*, liv. II, ch. II, sect. 4, n. 44; Battur, *op. cit.*, II, n. 560 ; Toullier, *op. cit.*, XII, n. 408; Proudhon, *De l'usufruit*, III, n. 1219; Troplong, *op. cit.*, II, n. 1030 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 924 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, texte et note 15, p. 345 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 145; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 789. — *Pandectes, Rép.*, n. 5782. — *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1416 à 1418.

780. Le mari peut-il, valablement, faire un bail soumettant les loyers ou fermages à un aléa ? Un semblable bail est nul d'après l'opinion générale (1), conforme à un arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux, le 2 février 1832 (2). La cour, à l'appui de sa solution, invoque l'article 1571 et le caractère dotal de l'immeuble, toutes circonstances étrangères, ce nous semble, au débat. Sa décision n'en est pas moins bien justifiée. Le mari avait loué un bâtiment appartenant à la femme à une société commerciale. Il avait accepté pour loyer une somme égale au dividende annuel de trois actions de cette société. C'était doubler le bail d'une convention aléatoire et, même, associer la femme, sans son consentement, à une société commerciale. Une telle convention, valable durant la communauté, entre le mari et le preneur, ne pouvait pas être opposée à l'épouse comme bail n'excédant pas les pouvoirs d'administration du mari.

Mais devant le tribunal où, du reste, elle avait échoué, la femme survivante semble avoir dépassé le but dans son argumentation. Elle s'était plainte que le bail n'eût pas de prix certain. Or, est-il vrai que le mari ne puisse consentir que des baux à prix certains ? Le bail à moitié fruits serait-il donc interdit, s'il n'est pas contracté par la femme elle-même (3) ? La solution contraire résulte de l'article 13 de la loi du 18 juillet 1889 sur le colonat partiaire, qui déclare l'article 1718 applicable à ce contrat. Et certes ! même avant cette loi, on n'aurait guère hésité, là du moins où le métayage était usité, à considérer un bail de ce genre comme rentrant dans les pouvoirs d'administration du mari. Mais, ici, l'aléa résulte de la nature même de l'immeuble loué et

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 790 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1420; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1420 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 191.

(2) S., 32. 2. 421.

(3) Le bail à métayage ou colonat partiaire ne prend pas fin par la mort du maître (Troplong, *Louage*, n. 647, 1183, *Société*, n. 880-884; Méplain, *Traité du bail à portion de fruits*, n. 314, p. 332). Il n'y a eu de doute que pour la mort du colon. — V. Duranton, *op. cit.*, XVII, n. 177. — L'art. 6 de la loi du 18 juillet 1889 est ainsi conçu : « La mort du bailleur de la métairie ne résout pas le bail à colonat. Ce bail est résolu par la mort du preneur; la jouissance des héritiers cesse à l'époque consacrée par l'usage des lieux pour l'expiration des baux annuels. »

de ses produits, et non des résultats des spéculations du preneur.

Aussi, serions-nous tentés de permettre au mari d'affermer un immeuble de sa femme moyennant la remise d'une partie du *produit brut* de cet immeuble, s'il avait été construit spécialement en vue de ce genre de produit, et si, d'autre part, l'aléa dépendait, moins de l'habileté du preneur, que de circonstances indépendantes de sa volonté. Il s'agit, par exemple, d'un établissement thermal. Dans cette hypothèse, et dans celles du même genre, nous nous trouvons, moins en face d'un bail aléatoire, que d'un bail à revenus soumis à des variations, plus ou moins limitées, dont la cause directe est dans la nature même de l'immeuble ou dans le mode d'exploitation auquel il est depuis longtemps soumis. Un tel bail n'aggrave pas les chances que le mari avait le droit de courir, lui-même, dans une exploitation personnelle.

781. Le mari peut-il stipuler valablement dans le bail, qu'il passe comme administrateur, que les loyers ou fermages seront payés d'avance, ou, même en l'absence de cette clause, peut-il les recevoir par anticipation ou en consentir une cession-transport ?

Occupons-nous surtout de la clause jointe au contrat de louage. Les solutions s'étendront d'elles-mêmes aux autres hypothèses.

Cette clause doit être étudiée à deux points de vue : 1° dans les relations de la femme ou de ses ayants cause avec la communauté ou le mari, lors de la liquidation ; 2° vis-à-vis du preneur.

Le premier point ne nous semble pas devoir être l'objet de difficultés sérieuses. Malgré les objections de Rodière (1), la femme ou ses représentants ont le droit de se faire restituer par la communauté tous les loyers ou fermages qui correspondent à la jouissance du preneur à partir du jour de la dissolution de la communauté. Peu importe qu'ils aient été reçus par anticipation en vertu d'une clause du bail, —

(1) Note dans Sirey, 1869, I, n. 17.

clause conforme ou contraire aux usages locaux, — que leur réclamation anticipée ou leur cession ait été motivée par les besoins du ménage, par les besoins du commerce du mari, ou même par les inquiétudes justifiées que donnait au mari le mauvais état des affaires du preneur (1).

Mais, au lieu de s'en tenir à l'exercice d'une reprise qui peut être illusoire contre la communauté et le mari, la femme peut-elle réclamer les loyers ou fermages du preneur, en faisant déclarer nuls, à son égard, tous paiements anticipés ou toute cession de loyers ou fermages à partir de la dissolution de la communauté ?

Il faut distinguer selon les cas. La stipulation que les loyers ou fermages seront payés d'avance est valable, si elle est conforme aux usages ou même, en dehors des usages, si les paiements anticipés ne doivent porter que sur des sommes faibles relativement à la situation de fortune des époux, de sorte que la femme n'a pas de perte sérieuse à redouter. Nous maintiendrons encore cette stipulation, par décision de faveur, lorsqu'elle aura été introduite dans le bail sous l'influence de circonstances telles qu'elle était, dans l'espèce, un simple acte d'administration, pour parler le langage même de la chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 18 août 1868 (2). Mais, des dispositions écrites dans les articles 1429 et 1430, « il ne suit pas, dit la cour suprême, que le mari ait toujours le droit absolu de disposer par anticipation des loyers à échoir après la dissolution de la communauté. » Par cet arrêt, la Cour de cassation condamne la théorie émise par la cour de Saint-Denis (Réunion), qui défendait à la femme de s'en prendre aux fermiers, tant qu'elle ne les aurait pas convaincus de collusion avec le mari.

Il faut avouer que la thèse de la cour suprême est encore indulgente. Elle rappelle les atténuations qu'elle apporte,

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 795 s. ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 510, texte et note 21, p. 346, 347 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1424 ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 191. — Civ. cass., 18 août 1863, S., 69. 1. 17, *D.*, 63, 1. 371.

(2) S., 69. 1. 17, D., 68. 1. 371.

nous l'avons vu, au principe d'après lequel le mari n'a pas le droit d'aliéner les propres mobiliers, et spécialement les créances de l'épouse (1).

Dans la note précitée de Rodière, ce jurisconsulte a eu beau jeu pour critiquer une théorie ainsi atténuée. N'est-il pas à craindre que le juge n'apprécie la clause de paiement anticipé que d'après l'événement ? « Pourra-t-il, les cas de fraude toujours écartés, décider que des quittances ou cessions anticipées de loyers pour *neuf ans* n'ont été que des actes de simple administration, parce que la chose pouvait tourner à bien (2) ? » Le savant jurisconsulte aurait voulu substituer une règle fixe à cet arbitraire de juge. Mais il n'y a guère réussi. Il trouvait, non sans raison, que c'est exagérer les pouvoirs du mari que de valider une cession anticipée de neuf, onze, douze années peut-être de loyers, cession nulle en principe, mais validée par faveur en raison de ses causes et de son but. Autant déclarer valables, pour les mêmes causes, les aliénations des immeubles personnels de la femme consenties par le mari seul.

Toutefois, Rodière fait à son tour une concession. S'inspirant de la loi du 23 mars 1855, il se laisse séduire par une analogie lointaine. Il veut que le mari puisse être, en droit, considéré comme pouvant toujours disposer, par anticipation, des loyers ou fermages des biens de sa femme, si ces loyers ou fermages sont inférieurs à trois années, sauf à décider que la cession sera toujours nulle, si elle porte sur des revenus correspondant à une plus longue période.

Nous admettons volontiers cette seconde proposition. Il serait étrange que le législateur fût censé considérer comme de simples actes d'administration, des réceptions anticipées ou des aliénations de loyers qu'il déclare inopposables aux tiers, si elles ne leur ont pas été révélées par la transcription. La loi du 23 mars 1855 met sur la même ligne une anticipation de trois années de fermages et un bail de dix-huit ans. L'un et l'autre lui paraissent aussi graves. Il serait donc sin-

(1) V. *supra*, I, n 759.
(2) Rodière, Note, S., 60. 1. 17.

gulier que le législateur permit au mari, même à titre exceptionnel, des anticipations de loyers de trois, six, neuf ou même douze années, quand il lui refuse le droit de consentir des baux de plus de neuf ans et de les renouveler plus de deux ou trois ans d'avance. L'arrêt de la cour suprême du 18 août 1868 n'y contredit pas : 1° parce que cet arrêt annule, dans l'espèce, la disposition par anticipation des loyers ; 2° parce que, dans l'hypothèse, les loyers n'avaient été engagés d'avance que pour deux ans et demi.

Mais conclure de là que les cessions ou quittances de loyers à échoir, inférieures à trois ans, sont toujours des actes d'administration rentrant dans les pouvoirs du mari, n'est pas plus logique, à notre avis, que de déduire de la loi du 23 mars 1855 l'idée que, désormais, tous les baux n'excédant pas dix-huit ans seraient également considérés comme rentrant dans les pouvoirs d'un simple administrateur.

Nous aimons mieux admettre que toutes les cessions ou anticipations de loyers excèdent, en principe, les pouvoirs du mari administrateur des biens personnels de sa femme.

782. Une question voisine de la précédente est celle-ci : Le mari a-t-il le droit de consentir seul à une résiliation de bail, résiliation opposable à la femme après la dissolution de la communauté ?

Plusieurs auteurs admettent l'affirmative. Ils déclarent valable la résiliation, même si le bail passé par la femme avant son mariage ou, avec l'autorisation de son mari depuis la célébration de l'union conjugale, excédait neuf ans. Toute résiliation d'un bail serait un simple acte d'administration. Cette solution est même présentée comme si évidente qu'on se borne volontiers à la motiver en renvoyant à un arrêt de la cour de Paris qui a confirmé par adoption de motifs un jugement du tribunal de la Seine, en date du 7 juillet 1849 (1).

(1) V. Paris, 26 avril 1850, S., 51. 2. 796, D., 50. 2. 80 ; Marcadé, sur l'art. 1428, n. 2 ; Rodière et Pont. *op. cit.*, II, n. 925 Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 510, texte et note 8, p. 343, 344 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 798 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1422, *Rép gén.* Fuzier-Herman. v° *Communauté*, n. 1422; Huc, *op. cit.*, IX, n. 192 *in fine*.

Or, le jugement du tribunal de la Seine est loin de consacrer, dans son ensemble, la thèse juridique que l'on abrite sous son autorité. Dans l'espèce, le mari, redoutant une demande de réduction de loyers ou même une résiliation motivée sur le préjudice que causait au locataire la reconstruction d'un mur mitoyen opérée par un voisin, avait transigé sur cette réclamation. Il avait été assez heureux pour éviter le paiement de toute indemnité et pour conserver le locataire. Toutefois, il avait dû consentir à ce que le bail ferme, sur lequel il restait à courir quinze années, fût transformé en un bail pouvant prendre fin, au gré du locataire, par un congé donné aux termes et délais d'usage. La communauté s'étant disssoute quatre ans plus tard, le tribunal décida que l'arrangement « n'excédait pas les limites d'une simple administration : le droit accordé à B... (locataire) n'étant pas une *concession gratuite*, mais le prix de la renonciation que faisait B.., d'interjeter appel du jugement. » Nous connaissons cette théorie. Nous l'avons vue rappelée dans les motifs de l'arrêt de cassation du 18 août 1868 précité (1). Elle se résume en cette proposition, à savoir qu'un acte qui, à la rigueur, excéderait les pouvoirs du mari, peut, en matière de droits personnels mobiliers et en raison des circonstances sagement appréciées par le mari, être qualifié acte d'administration.

Mais que faut-il décider en principe et en droit ?

Le mari a-t-il oui ou non le pouvoir de résilier les baux des biens propres de la femme ? Si oui, faut-il limiter ce pouvoir aux baux de neuf ans et au-dessous, ou du moins à ceux sur lesquels il resterait encore neuf ans à courir lors de la dissolution de la communauté ?

A première vue, l'affirmative ne fait pas de doute. Il semble même que le mari puisse résilier les baux de toute durée passés par l'épouse avant son mariage ou depuis cette époque avec l'autorisation maritale, même les baux transcrits et que le preneur aurait pu prolonger pendant de longues années encore après la communauté. La seule limite serait

(1) V. *supra*, I, n. 781.

tracée entre les baux proprement dits, en vertu desquels le locataire n'a qu'un droit personnel mobilier, et le bail emphytéotique conférant un droit réel d'après une jurisprudence déjà ancienne, dont la solution a été formellement consacrée par la loi du 25 juin 1902. Le mari ne pourrait pas, non plus, racheter, pour le compte de la femme et sans son consentement, un immeuble qu'elle ou ses auteurs auraient aliéné à charge de rente perpétuelle, ou résoudre la vente soit de la pleine propriété, soit de l'usufruit d'un immeuble dont le prix serait impayé. Mais toute résiliation n'entraînant pas le déplacement ou la transmission d'un droit réel immobilier, ne dépasserait pas les pouvoirs du mari.

Un doute persiste dans notre esprit.

Que le mari consente des résiliations valables vis-à-vis de la communauté tant qu'elle dure, soit : c'est la conséquence des droits attribués au chef de la communauté par les articles 1429 et 1430. Mais, dès qu'il s'agit de faire produire effet à une résiliation une fois la communauté dissoute, il nous semble que le droit de résilier, si on le considère comme le complément naturel du droit de louer, ne devrait s'exercer que sur le même espace de temps que lui.

Il y a plus : peut-on sérieusement défendre cette thèse, à savoir que le droit d'affermer implique nécessairement le droit de résiliation ?

D'autre part, analysons juridiquement la résiliation. La femme, propriétaire des immeubles loués, perd, par la résiliation, ses droits à la série de créances annuelles que nous appelons loyers ou fermages. Sans doute, disposer des revenus, c'est faire un acte d'administration. Mais n'est-ce pas à la condition qu'il s'agisse de revenus exigibles? Le pouvoir d'administration du mari, chef de la communauté, peut-il donc s'étendre à des loyers et fermages qui n'écherront qu'après la communauté dissoute ? L'abandon n'en est pas gratuit, il est vrai, et, en échange, le droit d'exploiter directement l'immeuble est recouvré. Mais ce droit peut être moins avantageux, surtout pour la femme, que le droit à des loyers et fermages fixes et bien assurés sur un débiteur solvable.

Ceux qui, comme nous, conformément à la jurisprudence, n'admettent pas que le mari puisse aliéner, sans le consentement de la femme, ses créances non échues, ou même céder des loyers à échoir, ne devront-ils pas exiger le concours de celle-ci pour la résiliation des baux en cours, si cette résiliation doit produire effet après la dissolution de la communauté ?

Toutefois, là encore, après avoir posé le principe, nous admettrions, en partie du moins, les tempéraments consacrés par la jurisprudence pour les cas exceptionnels où le mari a agi d'urgence par crainte de l'insolvabilité du locataire ou du fermier, ou bien pour éviter toute autre perte. N'est-ce pas précisément à cet ordre d'idées qu'appartiennent le jugement du tribunal de la Seine du 7 juillet 1849 et l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 avril 1850 ? Ne rencontrons-nous pas là une jurisprudence d'une remarquable unité sur toutes les questions qui se rattachent au principe d'après lequel le mari n'a pas la libre disposition des créances non exigibles, personnelles à la femme ?

783. Pour être opposables à l'épouse, les baux consentis par le mari, dans les limites de ses pouvoirs tracées par les articles 1429 et 1430, doivent-ils avoir acquis date certaine avant la dissolution de la communauté ?

L'affirmative est proposée par M. Vigié (1).

Avant de trancher la question pour les baux de biens personnels de l'épouse, résolvons-la pour les baux de biens communs passés par le mari. Les deux solutions se complètent l'une l'autre. Il nous a semblé préférable de ne pas les séparer.

Si la femme renonce à la communauté, il ne peut pas s'élever de question à l'égard des baux consentis par le mari sur les biens communs, si ce n'est lorsque ces biens sont donnés à l'épouse en paiement de ses reprises. Mais il y a là une vente ordinaire au profit de la femme renonçante. On conçoit que celle-ci, en sa qualité d'acquéreur, puisse

(1) Vigié, *op. cit.*, II, n. 205. — V. également Mérignhac, *op. cit.*, II, n. 1421 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1421.

invoquer purement et simplement les articles 1328 et 1743. Acceptante, au contraire, la femme ne peut devenir propriétaire d immeubles qu'en qualité de copartageante, soit qu'elle les obtienne par prélèvement, soit qu'ils figurent dans son lot. Dans tous les cas, elle ne peut pas prétendre être un tiers vis-à-vis de la communauté et de son chef pour se prévaloir de l'article 1328, à l'effet d'écarter les baux des biens communs passés par le mari, pas plus qu'elle ne peut se retrancher derrière la loi du 23 mars 1855, afin de refuser de tenir compte des aliénations consenties par le mari, mais non encore transcrites au moment de la dissolution de la communauté (1).

Bien différente est la situation de l'épouse relativement aux actes d'administration de son mari sur ses biens personnels. Peut-être la femme acceptante doit-elle encore s'incliner devant cette remarque, à savoir que son mari a géré les propres de l'épouse en qualité de chef de la communauté. Mais renonçante, n'est-elle pas dans la situation de tout nu propriétaire auquel seraient opposés des baux consentis par l'usufruitier, sans qu'ils aient acquis date certaine avant la fin de l'usufruit ?

Cette question n'a guère pu naître en matière d'usufruit, étant donné que ce droit dure très habituellement jusqu'à la mort de l usufruitier, dont le décès donnera date certaine à tous les actes par lui signés.

Elle s'est élevée pour la tutelle. La cour d'appel de Paris, le 27 août 1857, avait jugé que les baux consentis par le tuteur devaient avoir acquis date certaine avant la fin de la tutelle pour être opposables à l'ex-pupille. Mais cet arrêt a été cassé : « Attendu, dit la cour suprême, que *le pupille est tellement représenté par son tuteur* que le fait de ce dernier est considéré comme le fait de l'autre ; que le mineur est, relativement aux actes que le tuteur passe dans la limite du mandat qu'il tient de la loi, dans la position du man-

(1) Nous savons aussi (V. *supra*, I, n. 570), que les dettes contractées par le mari comme chef de la communauté n'ont pas besoin d'avoir acquis date certaine à l'égard de la femme. — Bordeaux, 16 janv. 1878, S., 78. 2. 252. — Cpr. art. 243 C. civ., revisé en 1886.

dant, relativement aux actes que le mandataire passe dans la limite de ses pouvoirs (1). » La cour suprême ne s'est pas arrêtée à cette objection, à savoir que le mineur représenté par un mandataire légal n'est pas responsable vis-à-vis des tiers du choix de ce mandataire, comme le serait le mandant majeur et capable représenté par un mandataire qu'il a désigné. Ces mêmes principes nous semblent applicables aux actes passés par le mari dans la limite de ses pouvoirs sur les biens personnels de la femme. Ils sont applicables à ces actes, nous dirions volontiers par *a fortiori*. Le mari est un administrateur, un mandataire légal. Les actes juridiques faits par lui, dans la limite des pouvoirs que la loi attribue, sont censés accomplis par l'épouse elle-même. A celle-ci ou ses ayants cause d'établir la fraude, c'est-à-dire, dans l'espèce, l'antidate.

De même, personne n'hésitera à mettre à la charge de la femme la preuve qu'un bail a été post-daté, c'est-à-dire que le bail à ferme, par exemple, qui paraît consenti moins de trois ans avant l'époque à laquelle il devait être renouvelé, a été en réalité passé et signé plus de trois ans avant cette époque (2).

784. En terminant avec les baux, nous signalerons pour mémoire qu'il importe de ne pas confondre avec eux les ventes de fruits. La jurisprudence a eu, à diverses reprises, à faire des applications intéressantes, dans cet ordre d'idées (3).

SECTION III

THÉORIE GÉNÉRALE DES RÉCOMPENSES

785. Le moment est venu d'étudier, dans son ensemble, la théorie générale des récompenses sous le régime de la communauté.

(1) Civ. cass., 8 juin 1859, S., 59. 1. 567.

(2) Larombière, *Obligations*, VI, sous l'art. 1328, n. 38 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, VIII, § 579, texte et note 129, p. 259 ; Demolombe, *op. cit.*, XXIX, n. 518.

(3) V. et cpr. note dans S., 63. 1. 201. — Req., 25 janv. 1836, S., 88. 1. 226. Civ. cass., 4 août 1886, S., 88. 1. 226.

Nous avons rencontré çà et là un grand nombre de cas de récompenses ou d'indemnités dues par la communauté ou à la communauté, quand nous avons déterminé sa composition active ou passive et dressé le tableau des biens qui restent propres à la femme ou au mari.

Est-il possible de soumettre toutes ces hypothèses à un petit nombre de règles communes ? D'après quels principes répondre à cette double question : Y a-t-il lieu à une récompense ? Quel en est le montant ?

Bien que la communauté ne constitue pas une personne juridique distincte de la personne de chaque époux (1), elle n'en a pas moins une sorte de patrimoine différent du patrimoine du mari et de celui de l'épouse. Aucun de ces trois patrimoines ne doit s'enrichir aux dépens de l'un des deux autres, sans qu'une indemnité ou récompense soit due au patrimoine appauvri.

Nous allons constater, chemin faisant, que le fondement de la théorie des récompenses se rattache à un double principe. D'une part, l'intention de donner ne se présume pas. Les conventions matrimoniales ne doivent recevoir, d'autre part, aucun changement au cours du mariage. Un patrimoine ne peut s'augmenter aux dépens des deux autres que par des donations entre conjoints, expresses et essentiellement révocables (art. 1096 s.); et c'est dans le même ordre d'idées que les ventes entre époux sont, en règle générale, interdites par la loi (art. 1595).

786. Pour le moment, nous nous contenterons, du moins pour les récompenses autres que celles dues directement par un époux à l'autre, de rechercher quand il est dû récompense et d'après quels principes le montant peut en être fixé. Nous renvoyons au chapitre de la liquidation de la communauté, la détermination du mode de règlement des récompenses dont cette communauté est créancière ou débitrice, et l'indication des avantages accordés à l'épouse pour assurer le paiement de ses récompenses ou reprises plus énergiquement que celui des reprises du mari (2).

(1) V. *supra*, I, n. 249, 250.
(2) V. *infra*, II, n. 1105 s.

Il n'est pas inutile d'observer, dès maintenant, que, en dehors des cas d'emploi ou de remploi, le paiement des récompenses dues par la communauté ou à la communauté n'est possible qu'après sa dissolution (1).

787. Nous nous servirons à peu près indifféremment, dans nos explications, des termes *récompenses, indemnités* ou *reprises*. Les expressions *récompenses* ou *indemnités* sont, en effet, considérées comme synonymes. Peut-être devrions-nous réserver le mot *indemnités* pour indiquer les récompenses dues d'époux à époux. Le législateur semble avoir eu un scrupule de cette nature, en évitant, dans les articles 1478 et 1479, d'employer le mot *récompenses* (2).

Quant à l'expression *reprises*, elle est, par certains côtés, plus étroite, par d'autres, au contraire, plus large que celle de *récompenses*. Elle est plus large, en ce sens qu'elle peut désigner, — comme nous le verrons dans notre étude sur la liquidation de la communauté, — les réclamations que l'un des conjoints élève à titre de propriétaire de biens propres (3). Mais elle n'est point usitée pour qualifier les droits de créance de la communauté contre un époux, ni pour désigner une récompense directement due par l'un des conjoints à l'autre.

788. Nous avons eu déjà l'occasion de signaler (4) que les récompenses ne sauraient être liquidées avant la dissolution de la communauté. Après avoir rappelé cette règle importante, nous diviserons notre théorie des récompenses comme il suit :

Nous traiterons d'abord des récompenses directes entre époux.

Nous parlerons ensuite des récompenses dues par la communauté ou à la communauté.

Nous estimons, enfin, qu'il est bon de faire un examen à part des récompenses résultant des constitutions de dot.

(1) Lyon, 28 déc. 1897, D. 99. 2. 49 et note. — Rapp. Cass. belge, 7 fév. 1895, D. 96 2. 295. — Req., 6 avril 1903 S. 1904. 1. 505, (note Naquet).

(2) Cpr. *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1603.

(3) V. *infra*, II, n. 1077, 1078.

(4) V. *supra*, I, n. 95 *bis*.

§ I. *Récompenses dues directement par un époux à l'autre.*

789. De même que pour les autres récompenses ou indemnités, trois questions se posent à l'égard de celles-ci :

1° Dans quels cas y a-t-il lieu à récompense ?

2° D'après quels principes faut-il en fixer le montant ?

3° Comment le paiement en est-il fait ?

Nous allons traiter immédiatement ce dernier point.

790. I. C'est principalement sous cet aspect du paiement des récompenses directement dues entre les conjoints, que les indemnités, dont l'un des époux peut être débiteur envers l'autre, diffèrent des récompenses dont la communauté est débitrice ou créancière.

Lorsque la communauté est en cause, le règlement des récompenses est au nombre des opérations de la liquidation et du partage du fonds commun. Ce règlement se fait par des procédés spéciaux, *rapports* ou *prélèvements*, qui sont considérés comme des opérations du partage quant à l'effet déclaratif et à l'appréciation de la lésion pouvant donner ouverture à une action en rescision. Aussi ne les étudierons-nous que plus tard avec la liquidation et le partage de la communauté (1).

Il n'en est plus de même pour le règlement des indemnités entre conjoints. Le paiement s'en fait en argent, comme celui de toute autre dette. Sur presque tous les points, il reste soumis au droit commun. A défaut de versement amiable, l'époux créancier ne peut que recourir à la saisie, comme s'il s'agissait de la poursuite d'un débiteur ordinaire (art. 2092). Le conjoint créancier n'a pas le droit de se faire attribuer en paiement les biens de son conjoint débiteur. La comparaison des articles 1478 et 1480 avec les articles 1468, 1470 et 1471 montre, avec une grande netteté, que les choses ne se passent pas, dans notre cas, comme dans l'hypothèse où la communauté se trouve débitrice ou créancière d'une récompense.

(1) V. *infra*, II, n. 1090 s.

791. Des articles **1478** et **1480**, on conclut généralement que toute poursuite entre les conjoints, à raison d'une dette existant entre eux, est impossible tant que dure la communauté (1). L'article **1478** déclare en effet, que : « *Après le « partage consommé, si l'un des deux époux est créancier « personnel de l'autre, comme lorsque le prix de son bien a « été employé à payer une dette personnelle de l'autre époux, « ou pour toute autre cause, il exerce sa créance sur la part « qui est échue à celui-ci dans la communauté ou sur ses « biens personnels.* » D'autre part, il résulte de l'article **1480** « que : « *Les donations que l'un des époux a pu faire à « l'autre ne s'exécutent que sur la part du donateur dans la « communauté et sur ses biens personnels.* »

En présence de ces textes, on admet assez volontiers que l'époux créancier, non seulement ne peut pas recourir pendant la communauté aux voies d'exécution, — saisie immobilière, saisie-exécution ou même saisie-arrêt, — mais qu'il n'a même pas le droit d'agir en justice et de prendre jugement contre son conjoint. Avant la dissolution de la communauté, l'action serait prématurée (2).

D'autres interprètes ne vont pas aussi loin, M. Huc (3) propose de distinguer entre l'action tendant à faire vérifier et constater le droit de créance entre les époux, et les voies d'exécution. Le droit d'action ne saurait être suspendu sous peine d'entraver les actes conservatoires, comme prendre hypothèque, faire une surenchère.

Le savant interprète cite à l'appui de sa théorie deux hypothèses qui ont un caractère exceptionnel. Il signale la demande de dommages et intérêts pour cause d'adultère, demande formée devant le tribunal correctionnel ; puis, en

(1) Cpr. Troplong, *op. cit.*, III, n. 1700; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 964 et 965; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 512, texte et note 7, p. 372; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 545; Arntz, *op. cit.*, III, n. 685; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 1024; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1607; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1607; Labbé, note dans Sirey, 1883. 1. 289. Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n. 1378. — V. également Paris, 10 frimaire an XIII, S. chr. — Paris, 1er août 1820, S. chr. — Bordeaux, 6 mai 1848, S., 49. 2. 609, D., 50. 2. 11.

(2) Cpr. Guillouard, *op. cit.*, II, n. 1024, *in fine*.

(3) Huc, *op. cit.*, IX. n. 330.

l'appuyant de décisions émanées de juridictions belges, la poursuite en réparation pécuniaire d'un délit commis par le mari envers sa femme.

M. Huc est d'ailleurs amené à reconnaître, en outre, que des circonstances spéciales peuvent justifier, entre les époux, une poursuite en paiement d'une pension alimentaire, motivée de la part de la femme sur une séparation de fait fondée sur les torts du mari (1). Finalement il se laisse entraîner, à la suite de Laurent (2), à admettre pendant le mariage l'emploi des voies d'exécution sur les biens personnels de l'époux débiteur. L'article 1478 signifierait simplement que c'est seulement sur la part de l'époux débiteur dans la communauté que l'exécution forcée ne serait possible qu'après la dissolution de cette communauté, et, — faudrait-il ajouter, — après la liquidation qui détermine la part de cet époux (Cpr. art. 2205).

792. Voici, d'après nous, comment cette difficile question doit être résolue :

Tout d'abord il convient, — ce qui est généralement admis (3), — de mettre à part les actes conservatoires. Ces actes sont permis entre époux. Chacun d'eux peut, vis-à-vis de son conjoint, accomplir tous ceux de ces actes que pourrait faire, pour la conservation de ses droits, un créancier à terme ou même conditionnel (art. 1180).

Ainsi la femme peut certainement se faire admettre provisoirement au passif de la faillite de son mari (4). Il lui est possible d'obtenir une collocation provisoire dans un ordre hypothécaire (5).

D'autre part, il y a des hypothèses exceptionnelles, que l'on aurait tort de choisir comme exemples pour fonder une

(1) Huc, *op. cit.*, II, n. 232 et IX, n. 330.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 545.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 512, texte et notes 8 et 9, p. 372 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 1025 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1610 *bis* ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n, 1610 *bis*.

(4) *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1610 *bis*. — Rapp. Civ. rej., 28 juin 1865, S., 65. 1. 360.

(5) Besançon, 20 nov. 1852, S., 53. 2. 127, D., 53. 2. 108. — Toulouse, 30 juin 1858, S., 59. 2. 374, D., 59. 5. 77.

théorie générale, car on les doit, au contraire, soigneusement mettre à part.

Il s'agit, par exemple, d'une femme chassée du domicile conjugal par son mari. Cette femme, au lieu de faire prononcer la séparation de corps ou le divorce, se contente de réclamer des aliments à son conjoint ; ou bien encore, une femme, victime d'un délit commis par son mari, le fait condamner à des dommages et intérêts. Signalons aussi l'hypothèse spéciale d'une demande de dommages et intérêts pour cause d'adultère, formée devant le tribunal correctionnel par l'un des époux contre l'autre.

Dans ces cas exceptionnels, il nous semble qu'il ne saurait y avoir de doute. La poursuite et l'exécution forcée sont alors permises entre les conjoints.

Mais, en dehors de ces hypothèses particulières que nous avons empruntées aux auteurs dont nous esquissions ci-dessus la doctrine, — et que nous n'avons pas la prétention d'avoir énumérées limitativement, — est-il possible de construire une théorie générale sur la question de l'exécution forcée entre époux ?

En présence de l'article 1595, duquel il résulte que la dation en paiement, en principe défendue entre conjoints comme la vente, est permise cependant dans les trois cas exceptionnels indiqués par le texte, on pourrait être tenté de prétendre que là où l'article 1595 permet une dation en paiement entre les conjoints, l'exécution forcée est possible entre époux, tandis que, à l'inverse, là où la dation en paiement n'est pas permise, les poursuites d'un conjoint contre l'autre seraient interdites. De ces deux propositions, la première nous semble exacte, du moins dans la théorie qui interprète l'article 1595-2° en ce sens qu'il ne permet la dation en paiement que si la dette est exigible (1). Quant à

(1) Cette thèse est admise en jurisprudence. V. Civ. cass., 11 juil. 1888. S., 88. 1. 408. — Civ. cass., 16 avril 1889, S., 90. 1. 22, D., 89. 1. 60. — Riom, 3 janv. 1888, S., 89. 2. 236, D., 89. 2. 124. — Douai, 20 juil 1894, S., 96. 2. 114. — V. cependant Chambéry, 21 fév. 1876. S., 76. 2. 143. — Nancy, 18 fév. 1885, S., 86. 2. 87. La solution de la jurisprudence peut être contestée. — V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, n. 216.

la seconde, n'est-elle pas trop rigoureuse ? Les solutions admises dans les hypothèses exceptionnelles ci-dessus indiquées suffisent à le prouver. Tout ce que l'on peut induire, à notre avis, de l'article 1595, interprété par la jurisprudence, c'est que certaines créances entre époux sont exigibles, mais que, en thèse générale, leur exigibilité est ajournée à la dissolution de la communauté, parce que ces créances entrent dans une sorte de compte courant ayant pour objet principal l'administration des biens propres de la femme par le mari.

Il faudra donc examiner d'abord si la dette entre époux est ou n'est pas exigible.

Si la créance est exigible, l'époux créancier, à défaut d'un paiement volontaire ou d'une dation en paiement, — possible dans les limites tracées par l'article 1595, — avait, avant la loi du 7 avril 1900 modificative de l'article 1153, un motif légitime pour former une demande en justice à l'effet de rendre cette créance productive d'intérêts. Aujourd'hui une simple sommation suffirait pour lui assurer le bénéfice des intérêts aussitôt la communauté dissoute. Mais la demande en justice est toujours utile pour lui permettre de prendre jugement, d'obtenir une liquidation dès maintenant possible et d'avoir un titre exécutoire. Muni de ce titre, il lui sera permis de recourir, non seulement aux mesures conservatoires telles que la prise d'une inscription d'hypothèque judiciaire, mais aussi aux mesures d'exécution par voie de saisie immobilière, de saisie-exécution, ou même de saisie-arrêt.

Si la créance n'est pas exigible, il est possible seulement à l'époux de recourir aux actes conservatoires de sa créance.

Mais admettre, en dehors des cas exceptionnels du genre de ceux signalés ci-dessus, que les créances seront exigibles et les poursuites possibles entre époux, nous semble difficile. Aussi la prescription ne court pas entre les conjoints (art. 2253) (1). Aucun texte, il est vrai, ne suspend les poursuites entre les époux. Toutefois, n'y a-t-il pas un compte

(1) Cpr. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Traité de la prescription*, n. 444 et 595.

à faire entre eux, et ce compte peut-il être clos et arrêté avant que la communauté ne soit dissoute ? Le mariage et l'existence d'une communauté apportent, en effet, entre les conjoints, des changements au droit commun qui régit les relations de créancier et de débiteur.

Les créances entre les conjoints, — surtout celles qui naissent pendant le mariage et qui dérivent, soit de l'administration des biens propres de la femme par le mari, soit de ce que l'un des époux cautionne l'autre ou, plus généralement, s'oblige pour lui, — donnent naissance à une sorte, sinon de compte courant, du moins de compte général qui ne se clôt qu'à la dissolution de la communauté (1). Or le reliquat de ce compte, étant inconnu avant cette époque, constitue pendant la communauté une créance qui n'est ni liquide, ni exigible. Quel en est le débiteur ? Combien ce débiteur devra-t-il ? Il faut attendre pour obtenir la réponse à ces questions. Le mari, administrateur du patrimoine de la femme ne détient-il pas tous les biens de celle-ci ? Tous les revenus ne sont-ils pas mis en commun ? Comprendrait-on que, dans la situation normale, la vie commune persistant entre les époux, le mari sollicitât un jugement contre la femme pour faire constater qu'elle est sa débitrice, que l'épouse formât une demande reconventionnelle, comme si le compte réciproque entre les conjoints pouvait être définitivement arrêté à n'importe quel moment de la communauté ? Comprendrait-on que le mari armé d'un jugement, au lieu de se borner à des actes conservatoires, — inscription de l'hypothèque judiciaire et autres actes par lesquels un créancier hypothécaire doit maintenir ses droits de suite ou de préférence : surenchère du dixième, production à un ordre, contredits, demande d'une collocation au moins provisoire, etc., — fît saisir et vendre des immeubles dont il est l'administrateur, alors que, peut-être, il détient pour une somme bien supérieure des valeurs appartenant à la femme, mais dont la restitution n'est possible qu'après la dissolution de la communauté ? Comment veut-on que la femme

(1) V. *infra* II, n. 1177.

paye le mari, alors que tous ses biens sont détenus par ce mari à titre d'administrateur ? Et le paiement *amiable* lui-même ne va pas toujours sans difficulté tant que la communauté subsiste : l'article 1595 en est la preuve.

793. Quoi qu'il en soit, à l'égard des créances qui ne se confondent pas dans le compte général, dans l'espèce de compte courant qui ne se clôt qu'à la dissolution de la communauté, en supposant que l'un des époux ait une dette exigible contre l'autre et puisse exercer des poursuites contre son débiteur, il importe d'observer pour le mari, créancier de sa femme, qu'il ne peut agir que sur les biens personnels de celle-ci. Quant à la part de l'épouse dans la communauté, il ne pourra l'atteindre qu'après le partage. A ce point de vue, l'observation de Laurent rappelée ci-dessus (1) et que l'on rencontre également chez Rodière et Pont (2), est exacte. Mais elle ne l'est plus lorsque le mari est débiteur et la femme créancière. Dans les cas où la femme peut faire valoir une créance exigible contre le mari pendant la communauté, ce dernier n'aurait, il nous semble, aucune bonne raison à opposer pour forcer l'épouse à ne saisir que ses propres à lui mari, et à s'abstenir de toute poursuite sur les biens communs. En effet, tout créancier ayant action sur les biens du mari, a, par cela même, action sur les biens de la communauté (art. 1409-2° et 1419). On ne voit pas pourquoi la femme créancière de son époux serait traitée autrement que tout autre créancier.

794. Une autre difficulté, voisine de la précédente, est celle-ci : Les créances directes entre les époux produisent-elles des intérêts pendant la communauté ? Ou bien, au contraire, ces créances, quant à la production des intérêts, ne restent-elles pas soumises au droit commun ? La réponse affirmative à cette dernière question ne nous paraît pas douteuse. En effet, l'article 1479 est ainsi conçu: « *Les créances* « *personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre* « *ne portent intérêt que du jour de la demande en justice.* » C'est le rappel pur et simple du principe général tel qu'il

(1) V. *supra*, I, n. 791 *in fine*.
(2) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 966.

était formulé dans l'ancien article 1153. Il est vrai que ce dernier texte et le droit commun qu'il exprimait ont été modifiés par la loi du 7 avril 1900. Désormais, une simple sommation suffit pour faire courir les intérêts. Bien que le législateur de 1900 n'ait pas fait subir au texte de l'article 1479 une modification analogue à celle qu'il a cru devoir apporter à la rédaction de l'article 1904, il ne nous paraît guère contestable cependant qu'il ait voulu modifier le principe ancien dans toutes ses applications.

Sans doute, durant la communauté, les intérêts que l'un des conjoints pourrait devoir à l'autre seraient dus par la communauté, et, d'autre part, cette communauté se les devrait à elle-même, en vertu de la règle d'après laquelle tous les revenus des époux tombent dans le fonds commun. *En fait*, c'est comme si la créance était improductive d'intérêts.

Mais ce résultat change dès que la communauté est dissoute. A partir du jour de cette dissolution, l'époux créancier peut, en vertu du droit commun, réclamer les intérêts de toute créance qui en est devenue productive avant la célébration du mariage ou depuis, sans qu'une demande en justice ou une sommation soit alors nécessaire (1).

795. II. Recherchons, désormais, dans quels cas des créances peuvent exister directement entre les époux communs en biens.

Laissons d'abord de côté les créances qui naissent à la dissolution du mariage comme le deuil de la veuve (art. 1481), ou même les donations de biens à venir ou gains de survie (art. 1480). Nous en parlerons plus tard, tant dans le chapitre où nous envisagerons les diverses causes de dissolution de la communauté et quelques-unes des suites de cette dissolution (2) que dans notre étude sur la liquidation et le partage du fonds commun (3).

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II,. n 967 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 512, note 10, p. 372 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 1029 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1016. — Cpr. Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n. 1377.

(2) V. *infra*, II, n. 1002.

(3) V. *infra*, II, n. 1176 et 1251.

D'autre part, de nombreuses causes de dettes peuvent surgir avant la célébration du mariage ou pendant la communauté.

Nous n'avons pas, ici, à insister sur les dettes antérieures au mariage. Elles ont été contractées à un moment où les futurs époux étaient étrangers l'un à l'autre. Elles sont donc, quant à leurs causes, leur preuve et la fixation de leur quotité, régis totalement par le droit commun. N'oublions pas, toutefois, que le mariage ferait, au moins provisoirement, tomber la dette en communauté à moins qu'elle n'ait le caractère de dette immobilière (art. 1409-1°) (1).

Notre attention doit porter principalement sur les dettes qui peuvent naître entre les époux pendant la communauté :

796. 1° Une première cause de dette entre époux peut être l'emploi, volontaire ou forcé, du prix d'un bien propre de l'un des époux au paiement de dettes personnelles à l'autre conjoint. Cette hypothèse est prévue par l'article 1478, dont nous avons reproduit le texte précédemment (2).

Il résulte de l'article 1419, nous le savons (3), qu'une dette personnelle à la femme peut amener la saisie d'un bien propre de son mari. Il suffit de supposer pour cela que la dette de l'épouse a été contractée avec le consentement de l'époux.

A l'inverse, l'article 1431, dont nous avons étudié par avance la disposition (4), prévoit le cas d'un engagement de l'épouse pour une dette de son mari. Ce dernier doit indemniser la femme, si le créancier a poursuivi son paiement sur les biens de celle-ci, de même qu'elle doit indemniser le mari si, dans l'hypothèse ci-dessus prévue, le créancier de la femme saisit un bien de l'époux.

D'après l'article 1431, nous l'avons remarqué déjà : « La

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 963 ; Aubry et Rau *op. cit.*, V. § 512, texte et note 1, p. 371 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 1023 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1604-1605.

(2) V. *supra*, I, n. 791.

(3) V. *supra*, I, n. 583 s

(4) V. *supra*, I, n. 603 s.

femme qui s'oblige solidairement avec son mari *pour les affaires de la communauté ou du mari,* n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution ; elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. » Le législateur, dans ce texte, met donc sur la même ligne le cas où la femme s'est obligée solidairement avec le mari pour les affaires de ce mari et celui où elle s'est obligée pour les affaires de la communauté. Il ne faut cependant pas confondre ces deux hypothèses. C'est seulement quand l'affaire n'intéresse que le mari, qu'il s'agit véritablement d'une récompense d'époux à époux. Par exemple, la femme s'est obligée solidairement avec son conjoint au paiement d'une dot constituée à un enfant que celui-ci a eu d'un premier mariage. Au contraire, si l'opération a été faite par le mari pour la communauté, c'est cette communauté qui doit récompense à la femme. Seulement, même alors, le langage de la loi n'est pas complètement inexact, car, ainsi que cela résulte de l'article 1472 alinéa 2, le mari est, à l'égard de la femme, subsidiairement responsable de tout ce qui est dû à l'épouse par la communauté. Toute créance de la femme contre la communauté lui donne subsidiairement une action contre le mari. Il n'en est pas moins vrai que directement c'est la communauté qui est débitrice vis-à-vis de la femme. Et il y a un véritable intérêt à dire qu'il en est ainsi, au point de vue de l'exercice de la reprise de l'épouse, car c'est avec le fonds commun d'abord que celle-ci doit se payer. D'autre part, si l'affaire à l'occasion de laquelle la femme s'est obligée solidairement n'intéresse que le mari, elle devra être traitée vis-à-vis de ce dernier comme une caution ayant payé la dette d'autrui, et aura droit, à être indemnisée de la totalité de son engagement. Si, au contraire, l'affaire intéresse la communauté et par conséquent chacun des époux, il est juste que chacun en supporte la charge dans la mesure de son intérêt dans la masse commune (1).

(1). V. cep. Req., 19 mai 1830, S., 90. 1. 337, D., 91. 1. 331 et nos observations à l'occasion de cet arrêt, *supra*, I, n. 607.

797. 2° L'article **1432**, dont l'interprétation soulève des difficultés à l'occasion desquelles nous nous sommes également expliqués (1), nous révèle une autre hypothèse de dette entre époux très voisine de celle prévue par l'article **1431**. Un immeuble propre de l'un des conjoints a été vendu avec la garantie de l'autre conjoint. L'acquéreur est évincé et exerce son recours contre ce dernier. Le mari, par exemple, a garanti la vente d'un immeuble qui, aliéné comme bien de la femme, se trouve appartenir à un tiers. Ce mari, « d'après l'article **1432**, *a un recours contre l'épouse, soit « sur sa part dans la communauté, soit sur ses biens personnels, s'il est inquiété.* » Nous savons que le mari ne pourra exercer son recours sur la part de la femme dans la communauté qu'après le partage de cette communauté, ce qui suppose, d'abord, la femme acceptante. Cette partie de l'article **1432** a un sens très net.

En est-il de même de la disposition finale du texte ? Le mari ne pourra-t-il recourir sur les biens personnels de la femme qu'après la dissolution de la communauté ? Ou bien sommes-nous en présence d'un de ces cas exceptionnels dans lesquels nous permettrons au mari d'agir sans retard et dès qu'il est inquiété, avant même d'avoir payé, conformément à l'article **2032**, le garant méritant d'être aussi bien traité que la caution ? Nous adopterions cette dernière solution si la communauté se trouvait dissoute. Mais le recours du mari garant est-il une de ces créances exceptionnelles qui ne rentrent point dans les prévisions de l'administration des biens de l'épouse et dont le recouvrement est possible durant la communauté ? Nous en doutons (2).

798. 3° On signale encore, comme exemple d'une dette entre époux, l'hypothèse bien rare d'une succession immobilière recueillie pendant la communauté par l'un des époux, succession envers laquelle l'autre époux était tenu d'une dette immobilière (3).

(1) V. *supra*, I, n. 597.
(2) V. *supra*, I, n. 792.
(3) Huc, *op. cit.*, IX, n. 329-2° et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1606.

Ajoutons-y le cas, plus fréquent, de dettes mobilières dont l'un des conjoints est débiteur et qui sont comprises dans une succession échue à l'autre époux, lorsque les meubles futurs sont exclus de la communauté.

C'est ce qui a lieu notamment lorsque cette communauté est réduite aux acquêts.

799. 4° L'un des époux peut encore se trouver obligé envers l'autre, soit à raison d'une donation entre vifs qu'il lui a consentie, soit comme charge d'une donation ou d'un legs dont il est lui-même bénéficiaire (1).

On peut encore prévoir qu'il soit débiteur de son époux par suite d'un délit ou d'un quasi-délit commis surtout contre la personne elle-même.

Quant aux délits ou quasi-délits commis contre les biens d'un conjoint par l'autre, ils se rattacheront, en général, à l'appréciation de l'administration de ces biens, soit par le mari (art. 1428), soit par la femme mandataire du mari. Il en est de même, à plus forte raison, des actes de gestion d'affaires. Mais il sera bien rare que la communauté ne soit pas plus ou moins intéressée dans le règlement de ces dernières causes de récompenses.

800. 5° Il est impossible que l'un des époux soit débiteur envers l'autre du prix d'un immeuble propre à ce conjoint vendeur, puisque la vente entre époux est défendue. La dation en paiement est seule permise dans les cas exceptionnels prévus à l'article 1595. Il est alors possible qu'une sorte de soulte soit due à l'époux dont l'immeuble a été estimé à un prix supérieur au montant de la dette qu'il s'agissait d'éteindre (2). Nous rencontrons donc là une hypothèse où l'on conçoit qu'il y ait une dette entre conjoints.

801. 6° L'article 1438 nous signale encore, à l'occasion des constitutions de dot, un cas dans lequel l'un des époux

(1) V. Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 512, texte et notes 2 à 6, p. 371, 372 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 963 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 544 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 1023.

(2) Cpr. Huc, *op. cit.*, IX, n. 329-1° et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1606.

sera directement créancier de l'autre. Mais comme les articles 1438 et 1439 forment un ensemble qu'il nous paraît bon d'expliquer en une seule fois, nous l'avons réservé pour en traiter dans un paragraphe distinct, à la fin de notre théorie des récompenses (1).

802. III. Il resterait, sur les récompenses entre époux, à déterminer le montant de l'indemnité. Nous retrouverons cette question à l'occasion de la liquidation de la communauté (2). Bornons-nous à remarquer, ici, que cette fixation ne donne lieu à aucune dérogation grave au droit commun, provoquée par cette circonstance spéciale que le créancier et le débiteur sont deux époux communs en biens.

§ II. *Récompenses dues à l'un des époux par la communauté ou à la communauté par l'un des époux.*

803. C'est au point de vue des récompenses dues à l'un des époux par la communauté, que la théorie, objet de notre étude, a pris son plus rapide développement.

A l'origine, le mari, propriétaire des meubles de l'épouse à charge de payer les dettes, acquérait comme meuble le prix de l'immeuble propre de la femme, vendu avec le consentement de celle-ci. Étant présumée l'avoir fait aliéner dans son intérêt, l'épouse n'avait droit à aucune indemnité contre la communauté (3). Telle était la jurisprudence au commencement du XVI^e^ siècle ; et, dans l'ancienne coutume de Paris, rédigée en 1510, il n'est nullement question de récompense (4).

Mais rappelons ici, à nouveau, la maxime si connue de Loysel : « Car ce qui se disait jadis, que le mari se devait relever trois fois la nuit pour vendre le bien de sa femme, a finalement été réprouvé par plusieurs arrêts et coutu-

(1) V. *infra*, I, § III, n. 860 s.
(2) V. *infra*, II, n. 1177.
(3) Choppin, *De moribus Parisi.* liv. I, tit. I, n. 24.
(4) V. tit. X, *De la Communauté*, art. 104 à 119.

mes modernes (1). » L'habitude se répandit, en effet, de stipuler un remploi, *lors de l'aliénation d'un bien propre ou dans le contrat de mariage*. De leur côté, les parlements accordèrent parfois le remploi en raison des circonstances. L'une des premières qu'ils prirent à cet égard en considération fut le caractère forcé de la vente (2).

Quoi qu'il en soit, la théorie des récompenses et celle du remploi se développèrent côte à côte (3).

Le principe du remploi et de la récompense, que l'on désigne volontiers dans nos anciens auteurs sous le nom de *remploi légal*, fut consacré par l'article 232 de la coutume de Paris, réformée en 1580. Ce texte est ainsi conçu : « Si durant le mariage on vend aucun héritage ou rente propre, appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage, ou si ladite rente est rachetée, le prix de vente ou rachat est repris sur le bien de la communauté au profit de celui à qui appartenait l'héritage ou rente, encore qu'en vendant il n'eût été convenu du remploi ou récompense et qu'il n'y ait eu aucune déclaration sur ce fait. »

L'article 192 de la coutume d'Orléans, réformée en 1583, contenait une disposition du même genre.

Ces règles se répandirent insensiblement en France (4). A la fin du XVI^e^ siècle et au commencement du XVII^e^, elles devinrent le droit commun des coutumes muettes (5).

L'une des raisons qui avaient fait hâter les progrès de la nouvelle institution était la crainte des donations déguisées entre époux dans les coutumes qui défendaient aux conjoints de s'avantager pendant le mariage. A défaut de récompenses, cette prohibition aurait pu être éludée (6).

(1) Loysel, *Institutes coutumières* (éd. *Dupin et Laboulaye*), liv. I. tit. 2, § 14, n. 116.

(2) Choppin, *De moribus Parisi.*, liv. I, tit. 1, n. 24 ; Brodeau sur Louet, lettre *R*, somm. 30 ; d'Argentré, *Coutume de Bretagne*, art. 419.

(3) V. *supra*, I, n. 375 s.

(4) Loyseau, *Des offices vénaux*, p. 293 (éd. 1661) ; Bourjon, *Droit commun de la France, Communauté*, partie VI, ch. II, sect. 3, n. 26.

(5) Charondas, sur l'art. 232, *Coutume de Paris*, f° 146, verso (édition 1613). — Certaines coutumes continuèrent toutefois à exiger une stipulation de remploi, au moins dans l'acte de vente. — V. not. Cout. du Bourbonnais, art. 238.

(6) Pothier, *Communauté*, n. 585.

Mais la réflexion suggéra d'autres motifs, et la jurisprudence favorable aux récompenses et remplois pénétra dans les pays où l'on permettait aux époux de s'avantager durant le mariage.

« Quoique la disposition de l'article 232 de la coutume de Paris, nous dit en effet Pothier (1), ait été principalement faite pour empêcher les avantages indirects entre mari et femme, elle a néanmoins été étendue même aux coutumes qui leur permettent de s'avantager : *il a paru qu'il y aurait de l'inconvénient de permettre dans ces coutumes des avantages qui ne seraient pas l'effet d'une volonté expresse des parties* (2). »

D'autre part, le principe des récompenses fut vite généralisé. Il fut étendu à tous les cas d'enrichissement de la communauté au préjudice des époux, et réciproquement à tout enrichissement des époux aux dépens de la communauté.

804. La théorie des récompenses avait donc atteint son développement complet lorsqu'elle passa de l'ancien droit dans le code civil. Nos législateurs n'ont rencontré d'obscurité qu'au point de vue des prélèvements, c'est-à-dire quant au mode de paiement des reprises des époux lors de la liquidation de la communauté. Renvoyant à plus tard l'étude de cette question (3), ainsi d'ailleurs que nous l'avons annoncé déjà, nous ne présenterons ici que la théorie proprement dite des récompenses dues par la communauté ou à la communauté. Nous nous bornerons à poser les principes d'après lesquels on doit déterminer : d'une part, les cas dans lesquels il y a lieu à récompense, et d'autre part, la quotité de cette récompense dans chaque cas particulier.

Sous ce double rapport, le code civil qui admet les donations entre époux mais les déclare essentiellement révocables (art. 1096), s'est inspiré des motifs sur lesquels était

(1) Pothier, *Communauté*, n. 585.

(2) V. toutefois la coutume de Valenciennes et deux arrêts de la cour de Douai des 8 janv. 1840 et 16 juin 1855. Ces deux arrêts décident que, même après la loi du 17 nivôse an II, il n'est pas dû récompense des propres aliénés V. *Pandectes*, v° *Mariage*, n. 5978.

(3) V. *infra*. II, n. 1105 s.

basé le droit à la récompense dans les coutumes permettant jadis les donations entre époux. Rien, en effet, n'est moins certain que la volonté, chez le conjoint qui aliène un propre sans stipuler ni remploi ni récompense, d'avantager ainsi son conjoint en enrichissant la communauté. D'une façon plus générale, on ne saurait présumer à ce point la volonté de s'avantager entre époux, qu'il faille interpréter comme une donation consentie par l'un d'eux à l'autre tout acte de gestion de son patrimoine faisant entrer dans la caisse de la communauté une somme propre à l'un d'eux, ou même tout prélèvement d'une somme d'argent, dans l'intérêt de ses propres, opéré par l'un des époux sur les deniers communs.

Ajoutons que ces prétendues donations indirectes ne seraient pas toujours aisément révocables (art. 1096). Elles auraient, à l'égard des tiers, tous les inconvénients d'un abandon du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1).

Ces raisons diverses expliquent la différence profonde établie par le législateur entre la communauté et un usufruitier ordinaire. Ce dernier, étranger légalement au nu propriétaire, n'a pas droit au remboursement de ses impenses utiles, même jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles ont procurée. Le nu propriétaire n'était peut-être pas en mesure de les faire. Il serait, au contraire, injuste que le mari, par exemple, pût s'enrichir aux dépens de la communauté en améliorant ses biens propres.

805. Les récompenses dans lesquelles la communauté est intéressée sont d'ordinaire divisées en deux groupes :

1° Les récompenses dues par la communauté aux époux.

2° Les récompenses dues par les époux à la communauté.

Nous nous conformerons à la tradition en les étudiant dans cet ordre.

Toutefois, il nous paraît indispensable d'observer dès maintenant, — sauf à insister plus tard, lorsque nous traite-

(1) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 932 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511 texte et note 2, p. 351 et 352 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 885.

rons de la liquidation de la communauté, sur cette remarque capitale, — qu'il existe entre la communauté et chaque époux une sorte de compte courant ayant son crédit et son débit, plaçant par conséquent en regard, pour les compenser jusqu'à due concurrence, les récompenses dues par la communauté à l'époux et celles dues par l'époux à la communauté (1). Ce point, qui n'est plus discuté en jurisprudence, ne paraît pas non plus contestable en doctrine. Cependant beaucoup d'auteurs, en traitant des récompenses dues par la communauté ou à la communauté et de leur règlement distinct par voie de rapport et de prélèvement, ne mentionnent que d'une façon incidente la compensation de ces deux sortes de récompenses. Ils courent le risque d'être mal compris. Ils s'exposent à laisser croire qu'il ne s'agit là que d'un principe secondaire, d'une sorte d'expédient destiné à assurer une simplification facultative dans la liquidation. Or, il s'agit d'une règle fondamentale. La communauté, représentée par son chef, est, sinon la caissière ou le banquier de chaque époux, du moins l'administrateur des biens de chaque conjoint, de même que le tuteur est l'administrateur des biens de son pupille. Il n'est jamais venu à la pensée de personne de considérer comme deux comptes distincts et non comme les deux éléments d'un même compte, les recettes et les dépenses faites par le tuteur dans la gestion des biens du mineur. Il en doit être de même des encaissements et des débours de la communauté relativement à l'administration du patrimoine propre de chaque époux.

On nous reprochera, peut-être, de raisonner comme si la communauté était effectivement une personne morale. Mais le législateur lui-même ne traite-t-il pas le fonds commun comme un troisième patrimoine, absolument distinct, — quant à la liquidation, — du patrimoine propre de chacun des conjoints ?

Nous allons voir, en effet, les récompenses qui intéressent la communauté comme créancière ou débitrice, être tout autrement traitées que les créances d'un époux contre

(1) V. *infra*, II, n. 1105.

l'autre. Cela est d'autant plus notable que l'assimilation semble avoir d'abord tenté le législateur (V. art. 1403).

I. *Récompenses dues à l'un des époux par la communauté.*

806. Pothier a formulé à cet égard un principe que l'on peut prendre comme point de départ. On y trouve réunies les deux questions de savoir dans quel cas existe et quel est le montant de la récompense. « Chacun des époux, nous dit-il, est, lors de la dissolution de la communauté, créancier de tout ce dont il a enrichi la communauté à ses dépens pendant qu'elle a duré (1). »

Ainsi l'époux est créancier et la communauté débitrice toutes les fois que cette dernière s'est enrichie aux dépens du conjoint. Et c'est, d'après Pothier, l'enrichissement de la communauté qui donne la mesure *maxima* de la récompense. Celle-ci ne doit d'ailleurs jamais excéder l'étendue de l'appauvrissement de l'époux, car elle ne serait plus alors une simple indemnité et procurerait un certain bénéfice à cet époux.

Le principe ainsi posé par Pothier demande à être bien compris. Il semble ne se référer qu'aux récompenses proprement dites. Or, si on le restreignait uniquement à elles, il serait trop étroit. En effet, le compte entre l'époux et la communauté peut, en outre des récompenses proprement dites, comprendre des dettes de communauté qui, bien que n'étant pas des récompenses, seront cependant traitées comme elles lorsqu'il s'agira d'en assurer le paiement dans la liquidation de la masse commune. Il en est ainsi, par exemple, de l'action en dommages et intérêts de la femme pour mauvaise administration de ses biens personnels par le mari (art. 1428) (2). D'autre part, toutes les fois que le contrat de mariage aura réalisé des valeurs mobilières dans des

(1) Pothier, *Communauté*, n. 606. — Rapp. Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 932 et 933 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511, texte et note 3, p. 352 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 676 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 886 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1435 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1435 ; Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), 1258 s.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 454.

conditions qui en font des propres imparfaits, la reprise de la valeur de ces propres imparfaits se confond plus encore avec les récompenses. Il en serait de même, sous le régime de la communauté légale, si une somme d'argent avait été donnée par une personne sous la condition que cette somme d'argent ne tomberait pas en communauté.

Prenons garde aussi que, parfois, deux ou plusieurs causes de dettes à la charge de la communauté vis-à-vis de l'époux peuvent se trouver réunies. Par exemple, la femme a été victime d'un acte de mauvaise gestion de sa fortune par son mari. Un des propres personnels de l'épouse a subi des dégradations provenant, peut-être, de la démolition d'un bâtiment et de la vente des matériaux, ou bien de l'ouverture d'une carrière, etc... Dans les hypothèses de cette nature, la femme aura droit d'abord à une récompense égale à ce dont la communauté s'est enrichie, c'est-à-dire à une récompense mesurée d'après le prix net de la vente des matériaux ou le produit net de la carrière, etc... Puis une indemnité lui sera due en raison du préjudice supplémentaire que la mauvaise administration de son mari lui a causé.

Cette dernière cause de récompense ne pourra jamais exister au profit du mari. Il ne peut pas trouver dans sa mauvaise administration l'origine d'une action en dommages et intérêts contre la communauté. Si un ou plusieurs de ses immeubles ont subi une dépréciation par suite de sa négligence ou de sa mauvaise gestion, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même (1).

Toutefois, les actes de gestion qui ont amoindri la valeur d'un bien propre du mari peuvent avoir enrichi la communauté. Par exemple, une carrière a été ouverte dans un fonds dont le mari était propriétaire, des arbres d'une haute futaie non aménagée ont été abattus. Peu importe que ces actes aient été faits bien ou mal à propos. La communauté ne devra récompense au mari que dans la mesure de l'émolument par elle obtenu. Il allèguerait vainement que les arbres ont été abattus prématurément et que la propriété a

(1) V. *infra*, I, n. 810, 815.

subi une dépréciation bien supérieure au prix de la vente du bois, ou que les frais d'une exploitation trop coûteuse ont absorbé presque tout le prix. Mais la communauté doit, du moins, restituer au mari, déduction faite de tous frais, les sommes qu'elle a ainsi encaissées aux dépens de ses immeubles propres.

Comment devrons-nous appliquer ces principes, en supposant que le mari ait négligé de faire à ses immeubles propres des réparations d'entretien d'une urgence incontestable ? Cette négligence a pu entraîner la nécessité de grosses réparations. Allons-nous obliger le mari à rembourser intégralement le montant de ces grosses réparations à la communauté, si elle l'a soldé ? On décide généralement, et à bon droit, que le mari peut déduire de la récompense par lui due l'enrichissement procuré à la communauté par le défaut de réparations d'entretien qui étaient à sa charge. Mais prenons garde. Il faut qu'il y ait eu un véritable enrichissement de la communauté. Peut-être l'économie résultant de l'absence de réparations d'entretien a-t-elle entraîné un préjudice pour la caisse commune. En une semblable hypothèse, l'enrichissement de la communauté peut être amoindri ou parfois supprimé. Il n'est même pas impossible de prévoir que le fonds commun soit lui-même en perte. La communauté ne doit, le cas échéant, récompense que du bénéfice net, à supposer qu'il y ait un bénéfice (1).

807. Il semblerait rationnel de distinguer ici, pour les étudier l'une après l'autre, deux questions : la première relative aux cas dans lesquels il y a lieu à récompense de la part de la communauté au profit de l'époux, et la seconde se référant au montant de cette récompense. Nous ne suivrons cependant pas cette méthode. Dans le but d'éviter plus d'une redite, nous nous proposons d'examiner immédiatement chaque cas à ce double point de vue : Est-il dû une récompense et quel en est le taux ?

808. Un premier cas de récompense due par la commu-

(1) V. et cpr. Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 261 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 851 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 473 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 667; Huc, *op. cit.*, IX, n. 132

nauté est indiqué en ces termes par l'article 1433 : « *S'il « est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux... et « que le prix en ait été versé dans la communauté, le tout sans « remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la com- « munauté, au profit de l'époux qui était propriétaire... de « l'immeuble vendu* (1)... »

Il est aisé, dans cette première hypothèse, de répondre à nos deux questions. Il y a lieu à récompense lorsqu'un bien propre a été vendu pendant la communauté, mais à cette double condition : que le prix en ait été versé dans la caisse commune et qu'il n'ait pas été restitué à l'époux au moyen d'un remploi. Quant au montant de la récompense, il est facile de le déterminer : c'est le chiffre même du prix réellement encaissé ou que la communauté aurait dû encaisser. Voilà l'idée générale.

Examinons maintenant en détail les conditions de la récompense dans ce premier cas.

809. D'abord, quand la récompense est-elle due ?

Il faut que l'immeuble ait été vendu après la célébration du mariage. Aliéné avant le commencement de la communauté, il n'aurait pas été un bien propre de l'époux. La communauté n'aurait, à ses débuts, trouvé qu'une créance qui, comme valeur mobilière, lui aurait appartenu (article 1401-1°) (2).

810. Il faut aussi que le prix ait été versé dans la caisse commune.

Si ce prix est encore dû lorsque la communauté se dissout, nous savons qu'il reste propre à l'époux. Cette créance représente légalement, par suite d'une subrogation réelle,

(1) La règle serait la même en cas d'aliénation d'un meuble propre. Si la loi ne parle que de l'aliénation d'un immeuble, c'est parce que, dans l'art. 1433, elle s'occupe de la communauté légale, et que, d'après le droit commun, les biens meubles tombent dans cette communauté.

(2) V. toutefois la controverse sur le point de savoir s'il faut étendre, par argument *a contrario*, l'art. 1404 al. 2, au cas où un immeuble serait vendu dans l'intervalle entre le contrat de mariage, — si par extraordinaire il en a été dressé un, — et la célébration du mariage. Le prix d'aliénation tomberait-il dans la caisse commune sans récompense au profit de l'époux qui aurait aliéné dans ces conditions-là ? — V, *supra*, I, n. 317.

le bien propre aliéné ; elle en est l'équivalent exact. L'époux ne peut rien réclamer de plus (1).

Si le prix a été partiellement reçu par la communauté et que le surplus soit encore dû, le conjoint propriétaire du solde de la créance ne peut demander récompense que de ce qui a été encaissé.

Nous avons vu également que, si la créance propre de la femme était devenue exigible au cours de la communauté et que le mari, administrateur des biens de l'épouse, eût laissé perdre une partie au moins de la créance faute d'avoir poursuivi le débiteur en temps utile, la communauté serait responsable de cette négligence (2). Nous savons aussi que le mari n'a droit à aucune récompense en raison de la mauvaise administration de ses biens propres (3). La loi n'a pas poussé l'indulgence au profit du mari prodigue ou négligent, jusqu'à lui permettre de se créer à lui-même, par ses propres fautes, une cause de créance contre la communauté.

811. Mais quand sera-t-on en droit d'affirmer que le prix du bien propre aliéné a été versé dans la caisse de la communauté ? Suffit-il que ce prix ait été payé ? Faut-il prouver, en outre, qu'il a été versé aux mains du mari chef de la communauté, ou que celui-ci a disposé de la créance d'une façon quelconque, par exemple, en la déléguant pour sa valeur nominale, ce qui est plutôt un mode d'encaissement qu'une aliénation véritable ?

Lorsque la créance dont il s'agit appartenait en propre au mari, la question n'est pas difficile à résoudre. Le mari, seul, a pu encaisser et donner quittance par lui-même ou par son mandataire. Et dès que cet époux a reçu, c'est la communauté qui est réputée avoir encaissé, car tous les

(1) Le prix des propres de l'un des époux demeure donc propre à cet époux. S'il s'agit d'un propre de la femme dont le prix est encore dû, les créanciers personnels du mari ne peuvent pas saisir ce prix entre les mains de l'acquéreur. V. Nancy, 20 août, 1827, S. chr. — Nancy, 7 févr. 1840, S., 40. 2. 484, — Besançon, 20 mars 1850, S , 50. 2. 445, D., 52. 2. 283. — Rodière et Pont *op. cit.*, II, n 938 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 889 ; Mérignhac, *op. cit.*, n. 1442 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1442.

(2) V. *supra*, I, n. 718 s.

(3) V. *supra*, I, n. 806 *in fine*.

biens détenus par lui, étant grevés du droit de jouissance de la communauté, sont entre ses mains à lui mari, comme administrateur de cette communauté.

Mais le mari devra prouver que par lui ou son mandataire, le prix de son bien propre a été encaissé pendant la communauté. Il devra porter, à l'actif de celle-ci, la créance pouvant exister contre le notaire ou contre tout autre mandataire, encore débiteur de la somme encaissée pour son compte, à lui mari, ou pour le compte de la communauté.

Il importe donc de faire préciser, par cet époux ou par ses héritiers, quand et à qui a été fait le versement. Sinon le mari pourrait aisément commettre une fraude. Elle consisterait à prélever le prix sur les biens communs, puis à le toucher une seconde fois du tiers aux mains duquel il l'aurait laissé, sans faire inscrire cette valeur à la masse partageable.

La Cour de cassation a très bien vu ce danger, et c'est tout à fait à tort que l'on a cru constater une antinomie entre deux de ses arrêts, l'un du 13 août 1832, l'autre du 9 avril 1872.

Dans la première affaire, le mari ne prouvait pas que le prix de ses droits indivis dans un immeuble aliéné trois mois seulement avant la dissolution de la communauté, lui eût été payé avant cette dissolution. La Cour de Bourges (1) lui avait cependant accordé récompense du prix, par cette seule raison qu'il était devenu exigible avant le décès de la femme. L'arrêt fut cassé (2). Il avait inventé cette présomption légale, à savoir que tout prix d'immeuble est réputé payé dès qu'il est exigible. Rien n'est plus inexact en droit et en fait. Dans l'espèce, on pouvait supposer que le prix avait été payé après la dissolution de la communauté, ou était resté aux mains d'un copropriétaire.

En 1872 (3), au contraire, la chambre des requêtes de la cour suprême relève dans l'acte de vente l'énonciation que

(1) Bourges, 27 avr. 1829, sous Cass., S., 32. 1. 641.

(2) Civ. cass., 13 août 1832, S., 32. 1. 641. — V. Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 939 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 678; Vigié, *op. cit.*, III, n. 230.

(3) Req., 9 avr. 1872, S., 72. 1. 178, D., 73. 1. 28. — Cpr. Cass. belge (rejet), 10 juin 1869, cité par Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 457, p. 469.

le prix a été payé comptant à la vue du notaire. Elle approuve en conséquence la cour de Caen d'avoir trouvé là une preuve suffisante du versement de ce prix dans la caisse de la communauté (1).

812. La situation est très différente quand le bien vendu appartenait en propre à la femme. Il suffit à celle-ci de prouver que la vente a eu lieu depuis la célébration du mariage. C'est au mari à remettre à l'épouse les titres constatant que la créance existe toujours, et qu'il a fait toutes les diligences nécessaires pour recevoir le prix et conserver les garanties, — privilège et action résolutoire, — qui en assuraient le paiement, surtout si le débiteur n'est plus solvable.

Nous pouvons même supposer que la vente du bien propre de l'épouse a été consentie par le mari seul, et que la femme se borne à demander la récompense du prix, se gardant bien de se heurter aux exceptions que le tiers acquéreur ne manquerait pas de lui opposer, si elle a fait acceptation de la communauté. Alors, la femme a seulement à prouver, soit qu'elle possédait tel bien en propre lors du mariage, soit qu'elle l'a plus tard recueilli dans telle succession ou en vertu de telle donation. Le mari devra expliquer pourquoi il ne restitue pas à la femme son bien propre.

Au cas où il prétendrait que l'épouse a elle-même vendu ce bien, la preuve de la part du mari serait facile à faire, car, en règle générale, la vente n'a pas pu avoir lieu sans son autorisation ou, sur son refus, sans l'autorisation de la justice, lui dûment appelé.

En somme, la thèse que nous venons d'exposer repose sur ce principe, à savoir que le mari, administrateur des biens de la femme, doit recouvrer les créances exigibles ou justifier qu'il ne lui a pas été possible de les encaisser (2).

(1) M. Huc (*op. cit.*, IX, n. 211) croit à l'antinomie entre les deux arrêts de la cour de cassation rendus, l'un en 1832, l'autre en 1872. Le savant auteur a dû être égaré par la note parue dans Dalloz (73. 1. 28), dont Laurent signale très bien l'erreur (*op. cit.*, XXII, n. 457, p. 469). La note que l'on trouve à cet égard dans Sirey (72. 1. 178) nous paraît également presque inexacte. — V. aussi Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1415 et 1450 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1445 et 1450.

(2) Req., 18 janv. 1897, S., 97.1.455, D., 97.1 127, J. not. 1897, p. 81.

Nous supposons, bien entendu, que le mari a pu administrer les biens de la femme.

Des circonstances exceptionnelles ont pu l'empêcher, en effet, d'exercer les attributions que l'article 1428 lui confère. Si le mari avait été absent, interdit, placé dans un asile d'aliénés, les juges devraient exiger une preuve plus complète de la femme prétendant à une récompense contre la communauté, surtout si elle avait été investie elle-même de l'administration (art. 124 C. civ., et art. 32 et 34 de la loi du 30 juin 1838), ou de la tutelle (art. 507) (1).

812 *bis*. Quelques auteurs nient le bien fondé de la doctrine que nous venons d'exposer. Laurent (2) essaye de prouver qu'elle viole l'article 1315 en déchargeant la femme demanderesse d'une preuve qui lui incombe. Mais il est immédiatement amené à contester le principe d'après lequel payer au mari, c'est payer à la communauté. C'est pourtant le même auteur qui, en note de la même page, nous dit, avec tant de sagacité, que, pour fonder la récompense, la preuve que le mari avait reçu le prix est une preuve suffisante. Il est vrai qu'il s'agit là du prix d'un bien propre du mari, tandis que, quelques lignes plus loin, le savant auteur belge s'occupe de la preuve du versement dans la caisse commune du prix d'aliénation d'un propre de l'épouse. Relativement au prix d'un bien propre de la femme, il faudrait, paraît-il, distinguer si le mari a donné quittance comme administrateur des biens de l'épouse ou comme chef de la communauté (3).

Nous répondrons que si le mari a reçu les fonds comme administrateur des biens de la femme, il avait l'obligation de les passer sans retard au chef de la communauté usufrui-

(1) V. Metz, 18 juill. 1820, S. chr.— Rapp. Req., 28 juill. 1886, S., 90.1 526. D., 87.1.37. — V. également Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 644, note 15, p. 117; Marcadé, sur l'art. 1433, n. 2; Mennesson, *Essai sur les récompenses sous le régime de la communauté légale*, p. 11, 12; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 939; Arntz, *op. cit.*, III, n. 678; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 890; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1447 à 1449; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1447 à 1449.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 457 *in fine*.

(3) Dans le même sens, voir Huc, *op. cit.*, IX, n. 211.

tière de la somme encaissée. Il n'a donc pu garder une somme quelconque qu'en cette dernière qualité, puisqu'il cumule, en sa personne, les deux fonctions d'administrateur des biens de l'épouse et de chef de la communauté.

L'objection semble devenir plus sérieuse si c'est la femme qui a reçu la somme. Mais celle-ci a-t-elle pu, — en dehors des cas où elle est mandataire judiciaire, — recevoir et donner valablement quittance sans l'autorisation et même sans le mandat du mari ? Le prix n'est-il pas toujours reçu pour la communauté ? La femme n'est que nue propriétaire de cette somme. Or, le débiteur ne saurait se libérer valablement au mépris des droits de l'usufruitier. Ajoutons que, dans notre hypothèse, la nue propriétaire est sous la puissance de l'usufruitier. Mais laissons là cette question. N'est-il pas inutile d'insister davantage ?

813. Il est à peine besoin de constater que la récompense serait due par la communauté, alors même que le mari, au moment où il venait d'en recevoir le montant, aurait fait à un tiers un don manuel du prix d'aliénation d'un de ses biens propres (1). La récompense est due, dit-on volontiers, sans qu'il soit nécessaire que le prix ait été encaissé. Nous écartons cette raison comme équivoque. Ce prix a été si bien encaissé par la communauté, qu'il n'a pu être donné par le mari que comme argent de cette communauté (art. 1422). Il suffit qu'il lui ait appartenu un instant de raison, pour que l'article 1433 soit applicable (2).

814. Quant à la condition d'après laquelle il est nécessaire qu'il n'ait pas été fait, au profit de l'époux, de remploi du prix de son propre aliéné, pour qu'il y ait récompense à la charge de la communauté, il serait superflu d'en traiter à nouveau (3).

Observons seulement que le remploi peut n'être que partiel. Dans ce cas une récompense sera due par la commu-

(1) Angers, 7 mars 1845, S., 46. 2. 79, D., 45, 2. 59 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 935, 937; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 456 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 891; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 4430-4440.

(2) V. cep. art. 1469 et *infra*, I, n. 864.

(3) V. *supra*, I, n. 375 s.

nauté pour le surplus du prix, déduction faite du remploi en principal et frais.

En sens inverse, le bien acquis en remploi peut être d'une valeur supérieure au prix du bien propre aliéné. L'époux doit alors à la communauté une récompense pour l'excédent (1).

815. On a soutenu que la communauté ne devait aucune récompense lorsque l'immeuble propre de l'un des conjoints avait été aliéné moyennant une rente viagère (2), et que cette rente prenait fin avec la communauté par la mort de l'époux crédi-rentier.

Pour justifier cette solution, on invoque l'article 588, dispensant de toute restitution l'usufruitier d'une rente viagère. Or, la communauté a l'usufruit de la rente qui formait le prix du bien propre aliéné.

Ceci revient à dire que l'époux ou ses héritiers ne pourraient demander qu'une restitution du droit viager, s'il existe encore à la dissolution de la communauté. S'il n'existe plus, ils n'auraient droit à rien. En fait, la communauté se trouverait avoir absorbé toute la valeur de l'immeuble par suite de la transformation d'un capital perpétuel en un droit viager (3). Ceci serait, quoi qu'on en dise, manifestement injuste. Il nous paraît impossible de nier qu'il y ait, dans l'espèce, un appauvrissement du patrimoine propre de l'époux au profit de la communauté. On concède assez volontiers, en effet, qu'il y a eu appauvrissement du patrimoine propre du conjoint. Mais on conteste que la communauté se soit enrichie. Il faut s'en-

(1) Rapp. Civ. cass., 30 mars 1869, S., 69. 1. 198, D., 69. 1, 236; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 934 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1437. — V. *supra*, I, n. 532.

(2) Observons que, s'il s'agissait d'une rente perpétuelle au lieu d'une rente viagère, il n'y aurait pas de question, car, à la dissolution de la communauté, la rente perpétuelle remplacerait le bien aliéné.

(3) Bugnet sur Pothier, VII, p. 312, note 2 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 644, note 14, p. 116 ; Marcadé, sur l'art. 1436, n. 2 ; Mimerel, *Rev. crit.*, III, p. 851 s. ; Pont, *Rev. crit.*, IV, p. 9 et s.; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 945; Arntz, *op. cit.*, III, n. 680 ; Vigié, *op. cit.*, III, n. 242 et s. ; Cpr. Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n. 1260. — Nancy, 3 juin 1853, S., 55. 2. 253. D., 54. 2. 10. — Besançon, 18 fév. 1853, S., 53. 2. 457, D., 53. 2. 176. — Besançon, 23 mars 1868, S., 69. 2. 173, D., 69. 2. 17.

tendre à ce sujet, dirons-nous, et la communauté doit récompense, quand même son enrichissement n'apparaîtrait pas lors de sa dissolution. Il suffit qu'elle ait reçu le prix du bien propre pour qu'elle soit tenue de le restituer, alors même qu'il aurait été dissipé (1). On insiste quelquefois. Le conjoint, fait-on observer, peut échanger un immeuble rural rapportant 2 1/2 0/0 contre une maison rapportant 5 0/0, et la communauté ne tient aucun compte de cette différence de revenus. Tout le monde l'admet. Cependant, il y a là quelque chose d'analogue au cas que nous prévoyons ; car la maison acquise en contre-échange est exposée à des chances de détérioration. — Nous ne contesterons pas qu'il n'y ait dans cette observation quelque chose de vrai. Mais nous remarquerons que, dans ce cas d'échange, l'écart ne sera pas, à beaucoup d'égards, aussi grand que celui qui se produirait en cas d'aliénation d'un droit perpétuel moyennant une rente viagère. D'ailleurs, établir *en fait* une distinction entre les biens plus ou moins susceptibles de détérioration serait impossible, et n'est pas entré dans la pensée du législateur. Si une maison peut se détériorer, dépérir, s'il est nécessaire de l'entretenir, peut-être de la rebâtir ; la terre, elle aussi, s'épuise si elle n'est pas drainée, desséchée, irriguée, si sa fertilité n'est pas renouvelée par des engrais. Il existe des propriétés, en principe perpétuelles, comme les carrières, qui s'épuisent dans un temps plus ou moins long. Mais ceci est du *fait simple*, tandis que la disparition, l'extinction d'un droit viager est un *fait juridique*.

Nous devons distinguer entre le droit perpétuel et le droit

(1) Pothier, *Communauté*, n. 594; Toullier, *op. cit.*, XII, n. 350 ; Odier, *op. cit.*, I, n. 308 ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 1096 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511, texte et note 4, p. 352-353 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 78 *bis*, XI ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 466, 467 ; Guillouard, *op. cit.*, II n. 892-893 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1474 s. ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1474 s. Cpr. Planiol, *op. cit.*, III, (2e édit.), n° 1260 — Douai, 9 mai 1849, S., 50. 2. 180. — Angers, 12 mai 1853, S., 53. 2. 369, D., 53. 2. 146. — Req., 1er avril 1868, S., 68. 1. 253, D., 68. 1. 311. — Lyon, 17 fév., 1870, S., 70. 2. 305. — Civ. cass., 8 avril 1872, S., 72. 1. 224, D., 72. 1. 108. — Bordeaux, 17 déc. 1873, S., 74. 2. 213, D., 74. 5. 101.

viager, car, passer de l'un à l'autre, c'est transformer *légalement* du capital en *revenu* ou du revenu en *capital*.

Nous admettons donc, dans notre hypothèse, qu'il y a lieu à récompense au profit de l'époux.

On allègue, il est vrai, que cette solution, — elle a pour elle l'autorité de Pothier (1). — est en désaccord avec l'application à la communauté des règles de l'usufruit. Eh bien ! il suffit à ce sujet de rappeler que les règles habituelles de l'usufruit ne sont applicables à la communauté que sous les modifications qui résultent des principes spéciaux de ce régime. Or, parmi ces principes se trouve celui-ci, à savoir que la communauté ne doit pas s'enrichir aux dépens des biens propres. Cela dit, nous sommes parfaitement d'accord pour admettre que, en général, l'article 588 reçoit son application, même dans le fonctionnement de la communauté, lorsqu'il s'agit d'un droit viager déclaré propre dans le contrat de mariage. Par exemple, l'un des époux était, avant le mariage, créancier d'une rente viagère qu'il s'est réservée propre. Nous admettons sans difficulté que la communauté, ayant la jouissance de cette rente viagère, en perçoive et garde intégralement les arrérages sauf à restituer le droit lui-même, à supposer qu'il ne soit pas éteint à la dissolution de la communauté (2).

Mais si ce droit commun doit nous conduire à ce résultat que cette communauté s'enrichirait aux dépens des biens propres, alors nous faisons prédominer les principes de la communauté sur ceux du droit commun. Voyons bien les faits. Le conjoint, obtenant une rente viagère pour prix d'un immeuble, a, au fond, fait un marché à charge par l'acquéreur de payer des arrérages qui comprennent à la fois les intérêts du prix et l'amortissement du capital. La communauté, en outre du revenu, perçoit chaque année avec les arrérages une partie du capital, puisqu'elle perçoit au delà de l'équivalent du revenu normal de l'immeuble aliéné. Cette vérité de fait, on l'écarte en cas d'usufruit ordinaire. Mais

(1) Pothier, *Communauté*, n. 594.
(2) V. *supra*, I, n. 293.

on ne saurait en faire autant, s'il s'agit de substituer un droit viager au droit de jouissance déjà acquis à la communauté sur un bien perpétuel. La solution inverse enrichirait la masse commune par l'absorption progressive du capital du bien propre aliéné.

En un mot, nous considérons que la transformation, au cours du mariage, d'un capital propre en revenus viagers porterait atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales, ou du moins au principe d'après lequel un des patrimoines ne doit pas, en dehors d'une donation entre époux, être appauvri au bénéfice de l'un des deux autres sans qu'il y ait lieu à récompense.

La seule difficulté, — elle est d'ailleurs sérieuse, — porte sur la détermination de la quotité de cette récompense. Nous essayerons bientôt de la résoudre (1), après avoir étudié les principes fondamentaux de la théorie que nous allons maintenant aborder.

816. D'après quels principes convient-il donc de fixer le montant de la récompense due par la communauté, lorsque le bien propre de l'un des époux a été vendu (art. 1433) ?

Pothier (2), nous l'avons vu, fixait en quelques mots d'une véritable précision scientifique cette double règle, à savoir qu'une récompense est due à l'époux lorsque la communauté a encaissé le prix de son bien propre aliéné, et que cette récompense doit être égale au prix versé dans la caisse commune.

Il n'est pas douteux que cette règle ait été maintenue. Elle est expressément consacrée dans la fin de l'article 1436 ainsi conçue : « *Dans tous les cas* » — qu'il s'agisse du prix du bien propre de la femme ou du prix du bien propre du mari, — « *la récompense n'a lieu que sur le pied de la vente, quel-* « *que allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeu-* « *ble aliéné.* »

L'époux serait mal venu à alléguer que son propre n'a pas été bien vendu et qu'il lui faut une indemnité supérieure au

(1) V. *infra*, I, n. 824.
(2) V. Pothier, *Communauté*, n. 606.

prix stipulé. Plusieurs réponses également péremptoires lui seraient opposées. Il a lui-même consenti à la vente : donc il n'a pas le droit de critiquer la fixation du prix. S'il a été victime d'un dol, d'une violence, d'une lésion, qu'il se pourvoie contre l'acquéreur conformément au droit commun ; mais il ne peut pas s'en prendre à la communauté. Celle-ci a joué vis-à-vis de lui le rôle de caissière ou plutôt d'usufruitière ; elle doit rendre intégralement le capital reçu, sans rien devoir au delà. Ce capital grevé de l'usufruit de la communauté, cette dernière l'a encaissé pour en jouir selon les règles du quasi-usufruit. Elle ne doit restituer que l'équivalent exact du capital qui lui a été remis (art. 587).

Tant pis pour le conjoint, s'il s'est contenté d'un prix trop faible, ou si, ayant craint une baisse de la valeur vénale de l'immeuble dans un avenir prochain, il a le regret de voir ses prévisions contredites par une hausse.

En tout cas, il est clair que l'époux a droit à la restitution entière du prix. Ce dernier ne saurait être retenu en partie, sous prétexte qu'il est inespéré et qu'une portion semblerait devoir constituer un acquêt de communauté.

Peu importe, d'autre part, que la communauté ait été heureuse ou malheureuse dans l'emploi qu'elle a fait du prix de l'aliénation (1).

817. Le prix dont la communauté doit tenir compte, comprend tous les accessoires qui ne sont pas des fruits. Elle profite des intérêts en vertu de l'article **1401-2°** ; mais elle doit restituer, avec le prix, les arrhes, pots de vin, commissions complémentaires, etc... Elle devra donc l'estimation des charges accessoires en tant qu'elle en a bénéficié, comme d'un supplément de prix en denrées, ou, — selon l'exemple emprunté à Pothier, — de la valeur d'une servitude consti-

(1) V. et cpr. Pothier, *Communauté*, n. 586, 587, 588 ; Merlin, *Rép.*, v° *Remploi*, § 2, n. 2 ; Battur, *op. cit.*, II, n. 715 ; Bellot des Minières, *op. cit.*, II, p. 377 ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 339 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 943 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511, texte p. 355 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 679 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 903 *bis* ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1463 s. — Req., 9 juin 1833, S., 36.1.649. — Paris, 22 mars 1834, S., 34.2.190. — Paris, 24 avril 1858, S. 58.2.477, D., 58.2.159.

tuée au profit d'un immeuble conquêt. L'époux aurait vendu son bien propre plus cher, s'il n'avait pas imposé à un fonds de l'acquéreur cette charge, qui enrichit d'autant la communauté (1).

818. Quoi qu'il en soit, il résulte des textes et des principes que la récompense est due par la communauté, sinon du prix porté aux actes ou des sommes mentionnées dans les quittances, du moins du prix réel du bien aliéné ou de la somme effectivement versée dans la caisse commune, si ce prix ou cette somme sont inférieurs ou supérieurs au chiffre indiqué par l'acte d'aliénation. Tout le monde admet ce principe.

Mais comment faire la preuve de l'inexactitude de l'acte portant aliénation ou de la dissimulation d'une partie du prix dans cet acte? Faut-il s'en tenir à la règle de droit commun d'après laquelle il ne peut être rien prouvé *contre* et *outre* le contenu aux actes, par témoins ou par présomptions, s'il n'existe pas un commencement de preuve par écrit (art. 1341, 1347 et 1353) ? Les avis sont partagés.

Nous croyons que, dans plusieurs hypothèses, on ne doit pas hésiter à déclarer admissible toute espèce de preuve, pour démontrer, par exemple, l'exagération ou l'atténuation frauduleuse du prix réel dans les mentions insérées aux actes. Voici le mari, supposons-le, qui a vendu seul un de ses biens propres. Il a fait porter à l'acte un prix supérieur à celui moyennant lequel a eu lieu l'aliénation. Peut-être a-t-il ainsi exagéré à la demande de l'acquéreur, désireux de tromper les tiers avec lesquels ce dernier se propose à son tour de traiter. Ou bien l'époux vendeur a songé à se réserver une récompense plus élevée que celle à laquelle il a droit. Qui donc, en une semblable hypothèse, songerait à contester à la femme le droit de recourir à la preuve testimoniale pour rétablir la vérité ? Le législateur va même jusqu'à permettre à l'épouse de faire appel à la commune

(1) Pothier, *Communauté*, n. 588 : Toullier, *op. cit*, XII, n. 349 ; Bellot des Minières, *op cit.*, II, p. 377; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 940, 943 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511, texte p. 355 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 679 ; Guillouard, *op. cit*, II, n. 903 *bis* ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1461.

renommée pour établir une preuve que le mari aurait dû lui ménager (arg. art. 1415).

Mais, d'ordinaire, la situation est plus embarrassante, parce que les deux conjoints ont figuré à l'acte d'aliénation. C'est alors que l'article 1341 est invoqué, avec une certaine apparence de raison, contre l'époux qui conteste l'exactitude du prix mentionné à l'acte.

Pour résoudre le problème, plaçons-nous d'abord au point de vue du mari. Nous réglerons après la situation à faire à l'épouse.

819. Le mari est-il obligé de se conformer à l'article 1341, pour établir qu'une partie du prix de son immeuble a été dissimulée dans le but notamment d'atténuer les droits de mutation ?

Cette preuve, recevable en principe quand le mari ou ses héritiers peuvent opposer à la femme au moins un commencement de preuve écrite de la dissimulation du prix (1), ne l'est plus, semble-t-il, lorsqu'il s'agit d'une somme supérieure à 150 francs, le mari n'invoquant que des témoignages ou des présomptions (2).

On a pourtant allégué en faveur du mari, que la preuve à sa charge avait pour objet un fait matériel : la réception des deniers et leur versement dans la caisse commune. Or, tout fait matériel peut se prouver par témoins (3).

Cette thèse est vigoureusement appuyée par Laurent sur le raisonnement suivant : « Supposons qu'une partie seulement du prix ait été versée dans la communauté : la partie

(1) Le mari produisant à l'appui de son dire une contre-lettre signée de la femme pourrait établir ainsi le prix réel de la vente contrairement à la lettre du contrat d'aliénation — V. Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1457 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1457.

(2) Douai, 28 avril 1851, S., 52.2.369, D., 52.2.290.— Civ. cass., 14 mai 1879 S., 80.1.17, D., 79.1.420. — V. également Besançon, 23 nov. 1863, S., 69.2. 173, D., 69.2.17. — Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 644, note 17, p. 117; Troplong, *op. cit.*, II, n. 1162; de Folleville, *op. cit.*, I, n. 357 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 913 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1641 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1458 s.

(3) Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 462 ; V. également Rodière et Pont, *op. cit.*, II, p. 942; Pont, *Rev. crit.* II, p. 655; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511, texte et note 9, p. 355, 356 ; Vigié, *op. cit.*, III, n. 240.

intéressée ne sera-t-elle pas admise à prouver qu'elle est la somme précise qui a été versée ? La preuve par témoins serait certainement admise, c'est la seule preuve possible des faits. » Soit ; mais l'auteur compromet immédiatement sa thèse en ajoutant : « Le mari *reçoit le prix* payé par l'acheteur : voilà *un fait juridique* qui doit être prouvé par la règle de l'article 1341. Après cela, le mari verse *tout ou partie* du prix dans la communauté : voilà *un fait matériel* (1). »

Nous avons déjà réfuté cette doctrine du savant auteur belge, soutenant que le mari, du moins quand il reçoit le prix d'un bien propre de l'épouse, peut le garder en qualité d'administrateur des biens de la femme et le laisser en dehors de la communauté (2). Celle-ci, apparemment, n'en aurait l'usufruit que lorsqu'il plairait au mari de le verser dans la caisse commune. N'insistons pas sur une théorie aussi fantaisiste, que l'auteur n'ose point étendre à la réception du prix d'un bien propre du mari. Il est impossible de subordonner le quasi-usufruit de la communauté, la rendant débitrice de la somme qui en est l'objet, soit à la volonté du mari, soit au choix du tiroir dans lequel cette somme a été effectivement renfermée.

Mais à cette théorie s'en mêle une autre. Ce n'est pas, prétend-on, des stipulations de l'acte de vente qu'il s'agit. Il est question du fait du versement des deniers dans la caisse de la communauté, acte peut-être de beaucoup postérieur au contrat d'aliénation. Ceci mérite examen. En effet, la distinction est vraie et utile surtout lorsque le prix du bien propre aliéné n'a été payé que partiellement. Laurent n'a peut-être pas assez insisté sur cette face de son argumentation. Il la sacrifie trop aisément, en se bornant à ce seul mot : *c'est un fait juridique*. Oui, le paiement est un fait juridique, et le débiteur ne peut prouver sa libération contre son créancier que par la preuve écrite, par une quittance, s'il s'agit de plus de 150 francs. Mais lorsque, de son

(1) V. Laurent, *loc. cit.*, n. 462, p. 476.
(2) V. *supra*, I, n. 812 *bis*..

côté, le créancier a, lui aussi, besoin de prouver vis-à-vis d'une tierce personne, son conjoint par exemple, que lui, créancier, a reçu telle somme, la situation est toute différente.

Sans chercher à construire à ce point de vue une théorie générale, il nous suffit, à l'effet de résoudre le problème que nous étudions, de constater que le conjoint, réclamant la récompense du prix d'un bien propre aliéné, doit d'abord prouver l'existence de sa créance, dont la communauté aurait encaissé le montant en totalité ou en partie. Or, c'est le contrat de vente qui fournira la preuve de l'existence et de la quotité de la créance. Soutenir que la communauté a reçu au delà de la somme indiquée à ce contrat de vente est *contredire cet acte*. C'est ainsi que l'article 1341 s'oppose à ce que le mari prouve par témoins ou par présomptions, sans commencement de preuve écrite, que la communauté a encaissé un prix supérieur à celui que l'on trouve énoncé dans l'acte d'aliénation.

Est-ce à dire que le mari, prétendant à une récompense, ait besoin d'une preuve écrite pour justifier aux héritiers de l'épouse qu'il a reçu, au cours de la communauté, une partie où la totalité du prix porté à l'acte de vente de son bien propre? Il n'est pas dans nos mœurs que les créanciers se fassent donner par leurs débiteurs des contre-quittances, et d'ordinaire les quittances se trouvent aux mains de ces derniers. Aussi nous hésitons à exiger du mari, créancier de la récompense, une preuve écrite de la réception des deniers versés entre ses mains. Cette réception est un fait matériel à son égard, fait matériel qu'il ne faut pas confondre avec la libération du débiteur. Celle-ci constitue un fait juridique dont ce débiteur doit se ménager une preuve spéciale.

Tout au plus, en cas de contestation admettrions-nous la femme ou ses héritiers au droit de demander, par exemple, que le mari fasse mention des paiements reçus sur le titre de créance qui est entre ses mains. On le mettrait ainsi dans l'impossibilité quasi-complète de réclamer ensuite de son acquéreur un paiement qui ferait double emploi avec la récompense du montant des prétendus versements qu'il affir-

merait mensongèrement lui avoir été faits par le débiteur au cours de la communauté. Ce procédé ou tout autre analogue suffirait pour écarter toute crainte sérieuse de fraude.

Ces explications complémentaires suffisent sur la question, déjà traitée, de la preuve que les deniers ont été réellement reçus, c'est-à-dire versés dans la caisse de la communauté (1). Revenons à celle qui en dérive et qui est spécialement, ici, l'objet de notre examen. L'époux peut-il prouver par témoins ou par présomptions que la communauté a reçu plus que le prix porté dans l'acte de vente? Nous venons de répondre négativement pour le cas où la vente a pour objet un bien du mari. Celui-ci joue un rôle prépondérant lors de la rédaction de l'acte de vente de son bien propre. Il est le chef du ménage. Il ne peut donc alléguer aucun prétexte pour répudier l'autorité de l'acte d'aliénation qu'il a signé, et qui fixe le maximum de la récompense à laquelle il a droit.

Telle est la condition du mari créancier d'une récompense vis-à-vis de la communauté.

820. Très différente est la situation juridique de l'épouse, à laquelle le mari ou les héritiers de celui-ci opposent le chiffre du prix porté à l'acte de vente. La femme peut invoquer toute une série de considérations. Si elle a été partie à l'acte d'aliénation, le mari y a également figuré, d'ordinaire pour l'assister et l'autoriser. C'est lui qui, en fait, a joué le rôle prépondérant. C'est lui qui, à la demande de l'acquéreur, aura consenti à la dissimulation du juste prix, dans le but de faire fraude au Trésor et d'amener le paiement de droits de mutations moins élevés. Ne serait-il pas étrange que le mari bénéficiât, par la réduction de la récompense due à la femme d'une dissimulation qui est plus son œuvre que celle de l'épouse ? De plus, ne serait-il pas dangereux de créer ainsi au mari un intérêt directement contraire à celui de sa femme? On objecte que nous faisons ainsi de la communauté un régime de suspicion. Nous ne le croyons pas. Notre argumentation repose seulement sur ce point incontestable, à

(1) V. *supra*, I, n. 811, 812, 812 *bis*.

savoir que le mari, administrateur des biens de la communauté et des biens de l'épouse, est plus spécialement chargé de la direction de toutes les affaires relatives à la gestion desdits biens.

D'autre part, un argument, trop négligé, vient fortifier notre thèse. En fin de compte, de quoi s'agit-il? Il s'agit de savoir ce que le mari a encaissé comme administrateur des biens de la femme et des biens communs, percevant, en cette qualité d'administrateur, toutes les sommes grevées du droit de jouissance de la communauté. Or, est-il juridique d'admettre le mari à argumenter contre l'épouse de la fixation du prix établi à l'acte de vente auquel il a collaboré, lorsque la femme demande à prouver, par tous les moyens, que le mari a reçu une somme supérieure au prix déclaré dans l'acte d'aliénation? L'épouse pourrait certes invoquer contre son mari les quittances données à l'acquéreur, si celui-ci veut bien les lui prêter. La femme doit-elle donc être déclarée non recevable à prouver son allégation, si l'acquéreur refuse ou ne peut pas lui accorder son concours ?

Nous conclurons en disant que la femme, eût-elle personnellement figuré au contrat où la dissimulation a été commise, — est recevable à prouver, par témoignages et par tous les autres moyens, que le prix réel a été dissimulé dans le contrat (1). C'est ainsi qu'un arrêt de la chambre des requêtes du 18 janvier 1875 (2), statuant dans l'hypothèse où le prix porté au contrat de vente est inférieur au prix réel dans le but de frauder les droits du fisc, déclare que la femme peut prouver cette dissimulation qui est une fraude, et établir le prix véritable par toute espèce de preuves, même

(1) Besançon, 21 juin 1845, S., 46. 2. 451, D., 51. 5. 93. — Civ. cass., 14 fév. 1843, S., 43. 1. 193. — Douai, 28 avril 1851, S., 52. 2. 369, D., 52. 2. 290. — Req., 18 janv. 1875, S., 76. 1. 5, D., 76. 1. 159. — Bourges, 1er juil. 1886, *Gaz. Pal.*, 86. 2. 426. — Toullier, *op. cit.*, XII, n. 315; Troplong, *op. cit.*, II, n. 1162; Marcadé, sur l'art. 1433, n. 1; Odier, *op. cit.*, I, n. 307; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 941; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511, texte et note 9, p. 355; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 78 *bis*, IV; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 461; Arntz, *op. cit.*, III, n. 679; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 909 à 911; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1451 s.; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1451 s.

(2) Req., 10 janv. 1875, S., 76. 1. 5, note Labbé, D., 76. 1. 159.

par simples présomptions. Spécialement, la femme peut faire cette preuve par les registres ou papiers domestiques du mari.

821. Dans les explications précédentes, nous avons supposé la preuve à faire dans les rapports des époux ou de leurs héritiers entre eux.

Faut-il appliquer les mêmes principes au sujet de la preuve de la dissimulation du prix dans l'acte de vente du bien propre d'un époux contre les tiers créanciers de l'autre conjoint ? La femme, notamment, sera-t-elle admise à établir par tous les moyens de preuve possibles, même par simples présomptions, le montant du prix véritable à l'encontre des créanciers du mari et de la communauté ? L'affirmative, qui se dégage de l'arrêt de la chambre des requêtes du 18 janvier 1885, est fort contestable. Cette solution nous paraît méconnaître la règle posée par l'article 1321, prévoyant précisément l'hypothèse où, d'un commun accord entre les parties contractantes, les énonciations de l'acte apparent se trouvent contredites par des documents destinés à rester secrets. Ce texte décide que ces documents ne sont pas opposables aux tiers. Or les tiers, au sens de l'article 1321, ce sont tous ceux qui n'ont pas souscrit les actes entachés de dissimulation et qui ne sont pas leurs ayants cause à titre universel. Les créanciers du mari et de la communauté, dans notre hypothèse, peuvent donc se prévaloir de l'article 1321 à l'encontre de la prétention de l'épouse.

« Une décision opposée, fait à très juste titre observer Labbé, conduirait aux résultats les plus bizarres. Si, parmi les biens du mari, il y a des immeubles, et parmi les créanciers du mari, des créanciers hypothécaires, assurément la femme ne pourrait se faire colloquer que pour la somme des prix déclarés dans les actes ostensibles, enregistrés et transcrits. De sorte que, dans le système de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 18 janvier 1875, le chiffre des reprises de la femme varierait selon qu'elle serait en conflit avec les créanciers hypothécaires ou les créanciers chirographaires du mari (1). »

(1) Note Labbé, sous Req., 18 janv. 1875, S., 76. 1. 5.

822. Revenons à notre point de départ. Nous avons posé en principe que la récompense due à raison de l'aliénation d'un propre est calculée d'après le prix réel du bien aliéné et la somme effectivement versée dans la caisse commune.

La communauté, ajoutons-le, ne peut rien déduire du montant total du prix encaissé par elle, sous le prétexte qu'elle n'a pas tiré de ce prix des revenus équivalents à ceux que lui procurait l'immeuble vendu. De même, l'époux ne pourrait pas réclamer un supplément de récompense en alléguant que les revenus annuels du prix versé dans la caisse commune ont été supérieurs à la valeur des produits de l'immeuble aliéné. C'est que, en effet, les époux ne garantissent point à la communauté un chiffre fixe de revenus. Ils lui ont attribué à forfait tous les revenus de leurs biens propres, en se réservant d'aliéner ces biens, de les remplacer à leur guise. Si, en conséquence de l'aliénation, il s'est produit un enrichissement ou un appauvrissement de la communauté, qui a obtenu plus ou moins de revenus que par le passé, il n'y a pas eu pour l'époux un enrichissement ou un appauvrissement pouvant servir de fondement à une récompense. Cette hypothèse est différente de celles où il y a eu transformation d'un droit perpétuel en un droit viager ou d'un droit viager en un droit perpétuel.

823. Mais le contrat de vente peut avoir confondu, dans le prix d'aliénation, les intérêts que ce prix produira jusqu'à ce qu'il devienne exigible. Rien n'est plus simple à comprendre. Au lieu de vendre son immeuble pour 10.000 francs payables dans cinq ans, avec intérêts à 4 0/0 par an, le conjoint a stipulé un prix de 12,250 francs payables dans cinq ans sans intérêt. Cet époux a-t-il droit à une récompense de 12,250 francs ?

La communauté va-t-elle être privée de tout revenu de ce chef pendant cinq années? Non, répondait autrefois Pothier (1), Le prix du bien aliéné comprend, tout à la fois, le capital et cinq ans d'intérêts. Il est donc équitable que la somme correspondant aux intérêts et aux intérêts de ces intérêts, s'il en

(1) Pothier, *Communauté*, n. 590.

a été tenu compte, soit laissée à la communauté. Les juges auront à évaluer, en fait, la portion du prix qui correspond au capital, et celle qui représente les revenus du bien propre vendu. Cette solution nous semble des plus exactes.

Pothier prévoyait aussi l'hypothèse inverse : celle d'une vente au comptant d'un bien propre, dont la communauté conserverait la jouissance, par exemple, pendant trois ou quatre ans (1). Il voulait, en ce cas, que le prix d'aliénation fût relevé pour la fixation du montant de la récompense. On conçoit, en effet, que des fraudes seraient à redouter si, dans cette dernière hypothèse, l'immeuble appartenait à la femme, comme si, dans la première, le bien était un propre du mari. Ici encore, nous suivrons l'opinion jadis exprimée par Pothier.

Nous voici engagés dans une voie où les espèces vont se succéder par degrés. On peut supposer, en effet, une aliénation qui ne comprend que la nue propriété d'un immeuble propre. La communauté va-t-elle pouvoir cumuler la jouissance du bien avec celle du prix de cette nue propriété ? Imaginons, à l'inverse, une aliénation ayant seulement pour objet l'usufruit, et l'époux conservant intacte la nue propriété de son bien propre. Ce conjoint va-t-il s'être créé légitimement un capital supplémentaire également propre, par l'aliénation d'une jouissance qui, peut-être, ne durera pas plus que la communauté ? Non. Ce capital serait un bien propre nouveau, exclusivement ou partiellement constitué aux dépens de la masse commune.

Les hypothèses peuvent être variées en quelque sorte à l'infini.

Nous pouvons aborder dès maintenant l'examen de la plus connue.

824. Le bien propre d'un époux a été aliéné moyennant une rente viagère. La communauté devra une récompense au conjoint. Nous l'avons démontré (2). Mais comment fixer le montant de cette récompense ?

Le motif même sur lequel est basée son existence va nous

(1) Pothier, *Communauté*, n. 594.

(2) V. *supra*, I, n. 815.

aider à en déterminer la quotité. S'il est dû une récompense au conjoint, ce n'est point parce que la communauté a, dans la transformation du bien propre aliéné, trouvé une augmentation de revenus. A elle seule cette raison ne suffit pas. Mais cet accroissement de revenus a pour cause une transformation d'un capital en arrérages d'une rente viagère. A l'enrichissement de la communauté correspond un appauvrissement du conjoint. Chaque annuité de la rente viagère, outre l'équivalent des revenus annuels du bien propre aliéné, comprend une portion du capital correspondant à la valeur de ce bien (1). C'est de cette partie qu'il est dû récompense.

Comment déterminer cette fraction du capital ? Plusieurs moyens ont été proposés. Ils se rattachent au même principe et ne diffèrent que par des nuances.

Lebrun (2), écartant l'opinion qui fixe la récompense à la valeur totale de l'immeuble aliéné, disait que la communauté « n'est sujette à tenir compte que de l'excédent de ses jouissances. » Il ne lui laissait que l'intérêt des annuités, soit cinquante livres par année, si la rente viagère était de mille livres.

Voici, d'autre part, la doctrine de Pothier (3) : « Supposons, nous dit-il, qu'un héritage dont le revenu était, tous risques et charges déduits, de 600 livres par chacun an, ait été aliéné pour une rente annuelle et viagère de 1,000 livres, et que la communauté ait duré dix ans depuis l'aliénation de cet héritage : la rente viagère excède de 400 livres par chacun an le revenu de l'héritage : c'est, pour les dix ans qui ont couru pendant la communauté, une somme de 4,000 livres dont la communauté a profité, et dont le conjoint qui a aliéné son héritage doit avoir la reprise. » La récompense est donc égale à la somme dont les arrérages de la rente viagère ont excédé les revenus de l'héritage aliéné (4).

(1) V. *supra*, I, n. 493, *in fine*.

(2) Lebrun, *Communauté*, liv. I, ch. V, sect. 2, distinction 2, n. 17.

(3) Pothier, *Communauté*, n. 594. — V. égal. Bourjon, *Droit commun de la France*, *Communauté*, 2e partie, ch. XI, sect. 6, distinction 2, n. 37.

(4) V. et cpr. Toullier, *op. cit.*, XII) n. 350 ; Odier, *op. cit.*, I, n. 308 ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 1096 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511. texte et note 4, p. 352, 353 ; Laurent *op. cit.*, XXII, n. 466-467 ; Guillouard, *op. cit.*, II,

Colmet de Santerre (1) critique cette solution à certains points de vue. Il observe que, dans cette doctrine de Pothier, on donne pour mesure à la récompense l'enrichissement de la communauté. Mais cette communauté ne doit récompense de tout son enrichissement qu'autant qu'il n'excède point la somme dont l'époux s'est appauvri. La récompense « doit être de la moindre de ces deux sommes, puisque l'époux ne peut pas recevoir plus qu'il n'a perdu, ni la communauté devoir plus qu'elle n'a gagné. »

Dans cette opinion, il faudrait, en fait, rechercher, à la dissolution de la communauté, de combien le conjoint s'est appauvri par suite de l'aliénation de son propre, afin de ne jamais lui donner une indemnité supérieure à l'évaluation de cet appauvrissement.

Ceci conduit à distinguer deux hypothèses. Supposons d'abord que la communauté se dissolve par la mort du conjoint sur la tête duquel la rente viagère était constituée. La communauté a duré quarante ans, par exemple, depuis l'aliénation du bien propre donnant un revenu annuel de 600 francs. La rente viagère étant de 1,000 francs, l'excédent total des arrérages de cette rente sur les revenus de l'immeuble vendu est de 16,000 francs dans notre espèce. Peut-être l'immeuble propre ne valait-il que 14,000 francs. Dans ce cas, l'époux ne serait appauvri que de 14,000 francs, et ses représentants ne pourraient exiger une récompense que pour cette somme.

Mais il est possible que le crédi-rentier survive à la communauté. Alors le conjoint reprend d'abord sa rente, valeur substituée par subrogation réelle à l'héritage dont elle est le prix. Toutefois, elle n'en constitue pas le prix en entier, puisque chaque annuité de la rente en comprenait une fraction. Dans sa doctrine, Colmet de Santerre n'accorderait à l'époux ou à ses héritiers que la portion de cet excédent

n. 892-893 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1475 s. ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v. *Communauté*, n. 1475 s. ; Planiol, *op. cit.*, III (2e éd.), n. 1260. — Si le bien aliéné ne produisait aucun revenu, la récompense serait alors de la totalité des arrérages de la rente viagère. — V. Guillouard, *op. cit.*, II, n. 914.

(1) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 78 *bis*, XII.

des arrérages sur les revenus qui, avec la valeur actuelle de la rente viagère, se trouverait nécessaire pour représenter la valeur vénale du bien propre aliéné. Il n'accorde que « la différence entre la valeur de l'immeuble aliéné et celle du droit viager qui a été subrogé à cet immeuble. » Cette valeur, nous dit-il, sera déterminée par une estimation.

La jurisprudence, à juste titre d'après nous, ne paraît pas admettre cette restriction de la récompense proposée par Colmet de Santerre. Un certain aléa existe dans l'espèce. Il faut que l'époux, exposé à n'être pas intégralement indemnisé de la valeur de son bien propre aliéné, bénéficie des bonnes chances résultant de l'accumulation de nombreux excédents de la rente viagère sur les revenus. N'oublions pas, en effet, le principe fondamental en cette matière : c'est que le prix encaissé par la communauté doit seul être restitué à l'époux, mais doit lui être intégralement rendu. Si ce prix est aléatoire, il variera selon l'événement, à l'avantage ou au préjudice du conjoint. Si, dans l'exemple précité, la rente viagère n'a duré que dix ans, c'est comme si l'époux n'avait vendu son immeuble que 4,000 francs. Au contraire, il l'aura en réalité vendu 20,000 francs si la rente a été servie pendant cinquante ans. La récompense devant toujours avoir lieu *sur le pied de la vente* (art. 1436) et non d'après la valeur estimative du bien vendu, la communauté doit toujours restituer au conjoint l'intégralité des fractions de prix qu'elle a encaissées. Ces fractions de prix sont confondues avec la portion même des arrérages qui correspondent aux revenus. Selon l'expression de Pothier (1), dont la doctrine est admise par notre pratique, la reprise ne doit être: ni du prix auquel le bien propre a été estimé, ni de celui qu'il valait lors de l'aliénation, mais *précisément* de celui pour lequel il a été vendu, quand même il aurait été aliéné au-dessus ou au-dessous de sa valeur. La reprise est due de ce qui est parvenu à la masse commune. Le conjoint survivant reprend, en outre, à la dissolution de la communauté, la

(1) Pothier, *Communauté*, n. 586 et 594.

rente viagère, comme lui appartenant en propre par voie de subrogation réelle (1).

825. La théorie que nous venons d'exposer trouve une éclatante confirmation au cas de la dation d'un immeuble propre appartenant à l'un des conjoints en paiement d'une dette de la communauté. Sans revenir ici sur l'analyse de cet acte juridique, nous pouvons, au point de vue qui nous occupe, résumer la dation en paiement en un abandon du bien propre contre la quittance de la dette commune. Le montant de cette dette est le prix moyennant lequel l'époux a consenti l'aliénation de son héritage. C'est de cette valeur-là qu'il s'appauvrit ; c'est de la même somme que s'enrichit la communauté. Tel est le taux de la récompense.

Pothier nous cite encore l'exemple suivant (2). Un époux, dans le but de libérer d'une servitude un conquêt de la communauté, abandonne une servitude établie au profit d'un de ses biens propres. Pour calculer la récompense due à l'époux, on estimera la plus-value procurée au conquêt par sa libération et la dépréciation subie par l'héritage propre désormais privé d'une servitude active. La récompense est égale à la moindre de ces deux estimations. Elle est de l'enrichissement de la communauté jusqu'à concurrence de l'appauvrissement de l'époux.

Ici, l'époux n'ayant pas fait une opération aléatoire, nous appliquons le double principe rappelé par Colmet de Santerre (3).

826. Nous avons supposé jusqu'ici l'aliénation en pleine propriété d'un immeuble propre à l'un des époux.

Mais il peut arriver que l'aliénation consentie au cours de la communauté n'ait pour objet qu'un démembrement de la propriété. Envisageons ce nouvel ordre d'idées.

827. Examinons en premier lieu, le cas où l'aliénation a pour objet une nue propriété.

(1) V. et cpr. Douai, 9 mai 1849, S., 50. 2. 180, D., 52. 2. 114. — Angers, 12 mai 1853, S., 53. 2. 369, D., 53. 2. 146. — Lyon, 17 fév. 1870, S., 70. 2. 305. — Req., 1er avril 1868, S., 68. 1. 253, D., 68. 1. 311. — Bordeaux, 17 déc. 1873, S., 74. 2. 213, D., 74. 5. 101. — Civ. cass., 8 avril 1872, S., 72. 1. 224, D., 72. 1. 108.

(2) Pothier, *Communauté*, n. 607.

(3) Cpr. Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 78 *bis*, XII.

Une sous-distinction doit être présentée à cet égard.

D'abord, un époux peut aliéner la nue propriété d'un bien dont il se réserve et, par suite, dont il réserve l'usufruit à la communauté. En une semblable occurrence, il serait étrange que cette communauté pût cumuler la jouissance du bien et les intérêts du prix de la nue propriété. La communauté jouira du bien comme s'il n'était pas aliéné. Quant au prix de la nue propriété, il se grossira, au profit du conjoint, des intérêts réservés, de manière à lui reconstituer un capital égal à la valeur de la pleine propriété. Sans cela, la communauté s'enrichirait aux dépens de l'époux. Dans notre cas, il y a donc lieu à la restitution intégrale des intérêts du prix à titre de récompense (1).

Plus délicate, au premier aspect, est l'hypothèse de l'aliénation d'un bien appartenant seulement en nue propriété à l'époux. On est encore tenté de soutenir que la communauté doit restituer les intérêts du prix d'aliénation. Cette thèse paraît solidement assise, lorsque l'usufruit dont jouit un tiers survit à la communauté. Il est certain que cette communauté n'aurait retiré aucun revenu du bien aliéné réduit à une nue propriété: pourquoi aurait-elle les intérêts du prix ? Toutefois, même dans ce système, une restriction ou distinction s'imposerait. Le tiers usufruitier peut, en effet, mourir avant la dissolution de la communauté. Or, si la nue propriété de ce bien n'avait pas été aliénée, cette communauté en aurait eu la jouissance au décès de l'usufruitier. Il convient, à partir de cette époque, de lui laisser au moins les intérêts du prix à la place du revenu du bien aliéné. Est-ce même assez? Ne peut-on pas dire en faveur de la communauté, que les intérêts du prix de la nue propriété, c'est-à-dire d'un démembrement de la pleine propriété, ne représentent point la totalité des revenus du bien dont il s'agit ? Donc, lorsque l'usufruit du bien dont l'époux était nu propriétaire s'éteint pendant la communauté, n'est-il pas alors plus simple de laisser à cette communauté les intérêts produits par le prix de la nue propriété avant l'extinction de l'usufruit,

(1) Rapp. Pothier, *Communauté*, n. 591.

en compensation de ce qu'elle perdra après l'extinction de ce droit, c'est-à-dire en compensation de ce qu'elle aura de revenus en moins après cette extinction ?

L'opinion générale est en ce sens (1).

On ajoute que cette solution est d'autant plus juste que l'opération est aléatoire pour la communauté elle-même. En effet, l'affaire peut être désastreuse si l'usufruit s'éteint beaucoup plus tôt que le nu propriétaire ne l'avait supposé lorsqu'il a aliéné son droit. A l'inverse, le profit peut être grand, si l'usufruit se prolonge beaucoup plus qu'on ne l'avait supposé. On aura vendu 35,000 francs la nue propriété d'un bien qui, en pleine propriété, vaut 40,000 francs, parce que l'usufruitier semble à la veille de disparaître. On verra, au contraire, le nu propriétaire de cet immeuble ne trouver de son droit que 20,000 francs, si l'usufruitier paraît encore avoir de longues années à vivre. N'est-il pas juste que, dans le premier cas, la communauté ait la jouissance, pendant plus longtemps qu'on ne l'avait supposé, des intérêts d'un prix presque égal à celui de la pleine propriété, puisque dans le second cas, elle serait réduite aux intérêts d'un prix très modique pendant un temps d'une brièveté bien imprévue. La communauté ne doit-elle pas avoir les bonnes chances comme les mauvaises ?

On doit, ce nous semble, répondre que tout l'aléa doit être rejeté sur le conjoint auteur du marché, et que, à l'égard de la communauté, il est aisé d'apprécier la situation d'une façon précise à sa dissolution.

Toute la difficulté se réduit à ceci : S'agit-il d'un *enrichissement* de la communauté causé par un *appauvrissement* du conjoint? Si oui, la communauté doit une récompense. Elle la doit dans les limites de cet appauvrissement, sans que la récompense excède l'enrichissement du fonds commun. Or, les intérêts du prix d'aliénation de la nue propriété, antérieurs à l'extinction de l'usufruit, constituent un enrichisse-

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 614, note 94, p. 116; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 898; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1498 et 1499; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1498, 1499. — Orléans, 27 déc. 1855, S., 56.2.614 D., 57.2.34.

ment pour la communauté. Ils sont l'équivalent d'un appauvrissement de l'époux; ils représentent à son égard la fraction de capital sacrifiée dans une vente qui, au lieu de porter sur la pleine propriété, a seulement la nue propriété pour objet. Donc, il y a lieu à une récompense au profit du conjoint. De son côté, l'époux doit une récompense à la communauté, si l'usufruit, s'éteignant avant la dissolution de cette communauté, celle-ci ne trouve pas dans les intérêts du prix de la nue propriété l'équivalent des fruits de l'immeuble, qui lui auraient été désormais assurés.

En somme, l'hypothèse de l'aliénation d'une nue propriété ne donne pas occasion, d'après nous, à une dérogation à la théorie générale. Nous avons le regret de nous séparer à cet égard de l'opinion commune, qui nous semble trop peu logique.

828. Étudions maintenant l'hypothèse inverse.

Un époux, ayant un droit d'usufruit sur un immeuble ou étant titulaire d'une rente viagère stipulée propre, a aliéné son droit viager moyennant une somme d'argent. On peut également supposer qu'une rente viagère appartenant en propre à l'un des conjoints a été rachetée durant la communauté. Dans ces différentes hypothèses les solutions à donner sont les mêmes.

Raisonnons sur le cas où le conjoint étant usufruitier d'un immeuble a, moyennant un capital, aliéné son usufruit.

Il n'est pas contestable que la communauté ait droit, pendant sa durée, aux intérêts du capital, montant du prix d'aliénation du droit viager. Mais le conjoint ou ses représentants prétendant, à la dissolution de la communauté, avoir droit à une récompense : faut-il la leur accorder ? Si on leur en reconnaît une, quel en sera le montant ? En un mot ont-ils droit à la restitution partielle ou même totale du prix d'aliénation du droit viager propre à l'époux ?

D'après une doctrine, la communauté devrait toujours, à titre de récompense, rendre la totalité du prix d'aliénation du droit viager. On invoque, à l'appui de cette manière de voir, des arguments qui nous sont déjà connus. Les époux, prétend-on, ne doivent pas garantie des revenus à la com-

munauté. Ils peuvent transformer leurs biens propres à leur fantaisie (1). Nous répondrons, une fois de plus, que le droit d'aliéner ou de transformer les biens propres ne va pas jusqu'à permettre de changer, sans récompense, des revenus en capital ou des capitaux en revenus. Ce serait enrichir un patrimoine aux dépens d'un autre.

Voici, d'après nous, la solution à donner sur cette question à l'occasion de laquelle Pothier a soutenu successivement deux doctrines, du moins sur le mode de calcul de la récompense (2). Au numéro 106 de son *Introduction au titre X de la Coutume d'Orléans,* Pothier propose une distinction que nous croyons exacte en principe. La voici : Il peut arriver que la communauté soit dissoute par le décès du conjoint qui était usufruitier. Dans ce cas, si ce conjoint n'avait pas aliéné son usufruit, ses héritiers ne retrouveraient rien dans son patrimoine, et il n'est pas dû de récompense. Pourquoi cela ? C'est parce que ce qui a été touché par la communauté représente simplement la jouissance annuelle qu'aurait eue cette communauté. Le prix versé ne représente, pour aucune part, le prix d'un bien propre. Puisque le conjoint venant à mourir, son usufruit s'éteint, peu importe qu'il l'ait conservé ou aliéné. Pour indiquer la chose autrement et d'une façon peut-être plus frappante, nous dirons que la communauté a sans doute pu faire un bénéfice, mais ne l'a pas réalisé au préjudice du capital des valeurs propres.

Si, au contraire, le conjoint survit à la dissolution de la communauté, il aurait retrouvé dans son patrimoine le droit d'usufruit qui a été aliéné. Dans ce cas, le prix versé dans la caisse commune représente, au moins dans une certaine proportion, le prix d'un bien propre. La communauté s'est donc enrichie. Par suite, elle doit une récompense à l'époux (3).

(1) J. Joigny, 13 févr. 1868, S., 69. 2. 155. — Paris, 23 nov. 1861, D., 62. 2. 206. — Marcadé, sur l'art. 1436, n. 2 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 945 ; Vigié, *op. cit.*, III, n. 245, 246, 247. — Cpr. Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1492 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1492.

(2) Pothier, cpr. le n. 106, *Introd. au titre X de la Coutume d'Orléans* et le n. 592, v° *Communauté.*

(3) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 340 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511, texte

Seulement, quel sera le montant de cette récompense ? Ce montant sera-t-il de la totalité du prix ? Non, car ce prix ne représente point uniquement la valeur perdue par le conjoint. Dans le capital versé à la caisse commune, une fraction correspond au revenu annuel de l'usufruit qu'aurait eu la communauté. Le surplus représentera la portion du prix qui semble devoir être l'équivalent du droit d'usufruit tel que l'aurait eu l'époux s'il l'avait conservé.

Mais ces deux principes seront-ils toujours en parfaite harmonie ? Pothier dans son *Introduction au titre X de la Coutume d'Orléans*, essaye de les concilier de la manière suivante : «... Par exemple, si la communauté a duré cinq ans depuis la vente de l'usufruit, et qu'on estime à dix ans le temps incertain qui en reste à courir, le conjoint aura la reprise des deux tiers du prix. »

Le savant jurisconsulte, au numéro 592 de son *Traité de la communauté*, propose un autre mode de calcul dans les termes suivants : « Le conjoint ne doit avoir la reprise de cette somme (le prix de l'usufruit) que sous la déduction de ce dont la communauté aurait profité des revenus de cet usufruit, ou des arrérages de cette rente, pendant tout le temps couru depuis la vente qui en a été faite jusqu'à celui de la dissolution de la communauté, au delà des intérêts de la somme reçue pour le prix, *car la communauté n'a profité de la somme reçue pour ce prix que sous cette déduction.* »

Ce dernier mode d'évaluation de la récompense nous paraît le plus conforme aux principes (1). En calculant ainsi, il peut arriver, sans doute, que la récompense soit de zéro. En tout cas, on ne peut pas dire que la communauté s'enri-

et note 5, p. 353-354 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 78 *bis*, VI, VIII ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 894-896 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 468-469 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 614, note 14, p. 116. — Civ. cass., 10 avril 1855, S., 55. 1. 241, D., 55. 1. 177.

(1) Cpr. Toullier, *op. cit.*, XII, n. 347 et 348 ; Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, II, p. 382 ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 340 ; Odier *op cit*, n 309 et 310 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511, texte et note 12, p. 356 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 78 *bis*, VIII et IV ; Laurent, *op cit.*, XXII, n. 470 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 917 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1497; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1497.

chisse aux dépens du conjoint, lorsque la perte qu'elle a subie sur les revenus est égale ou supérieure au prix d'aliénation de l'usufruit. L'obliger alors à payer une récompense serait rejeter sur elle les risques que l'époux a voulu courir.

Nous venons de raisonner sur l'hypothèse dans laquelle le conjoint a aliéné un droit d'usufruit lui appartenant sur l'immeuble d'un tiers. On peut prévoir que, réservant par devers lui la nue propriété, un époux ait, moyennant un capital, aliéné au profit d'un tiers l'usufruit d'un de ses biens propres.

La communauté verra son droit de jouissance se reporter du bien sur le capital qui représente le prix de la cession. Si l'usufruitier vient à mourir alors que la communauté persiste, elle ne devra aucune récompense à raison du prix d'aliénation par elle touché, puisque, par l'événement, ce prix ne représente que la valeur d'une jouissance dont la communauté aurait recueilli tout l'émolument. A compter du décès de l'usufruitier, la communauté aura droit, bien entendu, à la jouissance de l'immeuble jusqu'à sa dissolution.

S'il arrive, au contraire, que l'acquéreur de l'usufruit survive à la communauté, alors le capital versé dans la caisse commune sera l'objet d'une récompense au profit du conjoint, sous déduction d'une somme obtenue en additionnant la série des revenus annuels du bien depuis que l'usufruit en a été cédé. Le surplus du prix d'aliénation de l'usufruit, s'il n'est pas totalement absorbé par cette déduction, reviendra à l'époux à titre de récompense et comme seul équivalent de la privation de jouissance qui va résulter de la continuation de l'usufruit par lui concédé.

Telle serait du moins notre manière de voir. Il nous semble que, en raisonnant comme nous venons de le faire, nous sauvegardons le principe fondamental d'après lequel la communauté ne doit pas s'enrichir aux dépens de l'époux, sans violer cette autre règle à savoir que l'époux qui transforme ses propres agit à ses risques et périls.

829. L'article 1433 signale, parmi les causes de récompenses dues par la communauté aux époux, le rachat par un

tiers *de services fonciers dus à des héritages propres à l'un d'eux.*

Cette hypothèse demande peut-être à être mise en relief par un exemple. Le voici : Supposons que le bien propre de l'un des conjoints ait un droit de servitude à l'encontre d'un immeuble voisin, c'est-à-dire que ce bien propre soit fonds dominant. Le propriétaire du fonds servant venant à racheter la servitude dont était grevé son héritage, et ce rachat se faisant à prix d'argent, c'est comme si une partie du bien propre de l'époux avait été aliénée. Telle est l'origine de la récompense due par la communauté.

Il est aisé d'en déterminer le montant. L'époux, selon les principes ci-dessus établis, aura le droit de reprendre tout le prix de rachat entré dans la caisse commune. Mais il ne pourra réclamer que ce prix. On devra donc rechercher moyennant quelle somme d'argent l'abandon de la servitude a été consenti, et si cette somme a été versée au cours de la communauté.

Par suite, la renonciation gratuite à une servitude ne donnera droit à aucune récompense. Il ne faut pas, observons-le, confondre cette dernière hypothèse avec celle de l'extinction d'une servitude par la prescription. S'il s'agit, dans ce cas, d'un bien propre de la femme et que la perte de la servitude soit une conséquence de la négligence du mari, l'épouse aura droit à une récompense en rapport avec le préjudice subi, récompense fondée sur la règle écrite dans l'article 1428 alinéa dernier.

Mais revenons à l'hypothèse du rachat. Dans le cas où le tiers aurait racheté la servitude moyennant la promesse de denrées ou autres choses fongibles, il y aurait lieu à une évaluation à l'effet de déterminer la quotité de la récompense. La communauté serait débitrice d'une somme égale à la valeur vénale de ces biens au moment de l'échange.

Quant à l'hypothèse dans laquelle l'équivalent de la renonciation à la servitude consisterait en corps certains, — immeubles ou meubles non fongibles, — elle ne saurait faire naître de droit à une récompense. L'époux les réclamerait comme

biens propres subrogés, d'après l'article 1407, au droit propre abandonné au tiers échangiste.

830. Des solutions identiques s'imposent lorsque la récompense est due en vertu de l'article 1403. On peut formuler ainsi la règle : La communauté, qui n'a droit aux produits des biens propres que si ces produits sont des fruits (art. 1401-2°), doit récompense de la valeur de tous les autres produits qu'elle s'est appropriés.

Ceci est vrai des coupes de bois auxquelles la communauté n'avait pas droit et des pierres des carrières ouvertes au cours de cette communauté (1).

En ce qui concerne les coupes de bois, c'est à la dissolution de la communauté qu'il faut se placer pour savoir si cette communauté a usurpé sur les droits des conjoints. Supposons que la communauté ait anticipé de deux ans une coupe de bois. Il ne faut point se hâter de dire qu'elle doit récompense. Oui, elle devra récompense, si elle se dissout avant l'époque où, normalement, la coupe aurait dû être faite. L'événement démontre que la communauté n'y avait pas droit. Mais si la communauté survit à cette époque et prend fin trois ans plus tard, au lieu de laisser sur le bien propre un bois taillis de trois ans, comme elle procure au conjoint un taillis de cinq ans, c'est ce conjoint, et non la communauté, qui devra payer une récompense.

En sens inverse, on peut établir que, dans certains cas, la communauté devra une récompense parce qu'elle aura retardé la coupe de bois et n'a laissé qu'un taillis d'un an au lieu d'un bois âgé, par exemple, de trois années (2).

Quoi qu'il en soit, à la dissolution de la communauté, les produits auxquels cette communauté n'avait pas droit peuvent exister encore en nature, non détériorés et comme corps certains dont l'origine est prouvée. Alors l'époux en est propriétaire et il n'y aura pas lieu au paiement d'une récompense. Le conjoint exercera la reprise en nature, sauf, s'il

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511, p. 353 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 899 et 907 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 465. — Lyon, 7 févr. 1883, D., 85. 2. 74.

(2) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 337 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 946 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 465 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 908.

s'agit de l'épouse, à avoir droit à une indemnité supplémentaire en vertu de l'article 1428, si le préjudice est plus grand que la valeur des objets existants. Le mari a, en effet, commis une faute dans son administration. Aussi l'épouse pourrait en raison des circonstances, par exemple, pour trancher une difficulté sur l'état de conservation des produits dont il s'agit, les laisser pour compte à son conjoint et exiger une récompense égale à la totalité de la dépréciation subie par son immeuble (1).

De même, l'époux reprendrait en nature la créance du prix de matériaux aliénés, mais non encore payés. Seulement la femme pourrait rejeter sur le mari et sur la communauté les conséquences de l'insolvabilité de l'acquéreur (2).

831. Sous le régime de la communauté légale, les récompenses sont principalement relatives aux immeubles propres. Toutefois, s'il existe des propres mobiliers, ceux-ci, comme les immeubles, peuvent être l'occasion de récompenses dues par la communauté (3).

Par exemple, des biens meubles ont été apportés en dot, donnés ou légués à l'un des époux avec estimation en valant vente à la communauté. Il a été stipulé, en outre, que le prix en sera propre au conjoint.

Ou bien une créance a été réservée propre et a été recouvrée au cours de la communauté.

Ou bien des choses fongibles, argent ou autres valeurs, ont été stipulées propres par un donateur ou un testateur. La communauté n'en devient pas moins propriétaire de ces sortes de biens. Le conjoint est seulement créancier de la valeur vénale qu'elles avaient lors de leur remise à la communauté.

D'une manière générale, toutes les fois que le contrat de

(1) V. *infra*, III, n. 1641.

(2) Cpr. Glandaz, *Encyclopédie du droit*, v° *Communauté*, n. 77; Mennesson, *Essai sur les récompenses sous le régime de la communauté* (1853), p. 136 ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 337 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 946 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 907 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1502 et 1506 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1502 et 1506.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511, p. 353; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 900; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1508; *Rép. gén*, Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n 1508.

mariage aura réalisé des valeurs mobilières dans des conditions qui en font des propres imparfaits, nous sommes en présence d'une source abondante de récompenses.

D'autre part, si des propres mobiliers parfaits doivent être restitués en nature, *in specie*, comme biens que le conjoint revendique en qualité de propriétaire lors de la dissolution de la communauté, ils n'en donnent pas moins lieu à toute une série de récompenses analogues à celles qui se rattachent aux propres immobiliers. Le principe est le même. La communauté doit récompense à l'époux de tout ce qu'elle a tiré des biens propres, meubles ou immeubles, à l'exception des fruits et revenus gardés par elle en sa qualité d'usufruitière.

Donc, toutes les sommes autres que celles qui constituent des revenus doivent être, si elles proviennent d'un bien propre, restituées à l'époux à titre de récompense. Il y a lieu également à récompense, au profit du conjoint, toutes les fois qu'un bien à lui propre a été employé dans l'intérêt de la communauté.

Presque toutes les causes des récompenses dues par la communauté se rattachent à ce principe.

832. Rappelons ici que l'épouse bénéficie de l'application d'un autre principe justificatif du droit à une récompense. La femme est fondée à se faire indemniser par la communauté et par son mari de tout préjudice résultant pour elle de la mauvaise administration de ses biens propres (article 1428, al. dernier) (1). Dans ce cas, il n'est point nécessaire qu'un enrichissement de la communauté corresponde à l'appauvrissement du patrimoine de l'épouse, comme lorsqu'il s'agit d'une récompense ordinaire. Il sera dû récompense à la femme du montant de sa créance propre, non seulement quand elle aura été encaissée par la communauté, mais encore lorsqu'elle aura été perdue en raison de la négligence du mari, soit parce que ce dernier aura laissé s'accomplir les délais de la prescription, soit parce qu'il

(1) V. *supra*, I, n. 718 s.

n'aura pas poursuivi le débiteur en temps utile, avant qu'il ne tombe en faillite ou en déconfiture (1).

833. Une autre cause de récompense est souvent citée comme spéciale à l'épouse : c'est l'existence d'une obligation contractée par elle au profit de la communauté (art. 1431). Cependant, il nous paraît évident que le mari, lui aussi, peut avoir droit à une récompense à raison des obligations qu'il a pu contracter dans l'intérêt de la communauté. Cette situation est d'ailleurs fréquente, puisque toute dette de la communauté est une dette du mari, et que, aussi longtemps qu'elle dure, cette communauté est représentée par le mari seul, qui s'oblige pour elle.

Il est inutile évidemment de revenir, dans notre ordre d'idées sur l'interprétation de l'article 1431, et sur l'existence fort contestée de la présomption légale d'après laquelle la femme s'obligeant avec l'autorisation du mari serait censée s'obliger pour lui ou pour la communauté. La détermination des cas dans lesquels il y a lieu, de ce chef, à récompense, a donc été faite précédemment (2). Rappelons seulement que l'épouse a droit à une récompense, même avant d'avoir payé (art. 2032), lors de la liquidation et du partage qui suivent la dissolution de la communauté (3).

Quant au montant de la récompense, il est du chiffre même de l'obligation (4).

II. *Récompenses dues à la communauté par l'un ou par l'autre des époux.*

834. Dans son *Traité de la communauté*, Pothier (5), recherchant quand un conjoint pouvait être tenu d'une

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511, texte et note 7, p. 354 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 901 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 644, texte et note 19, p. 118 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1509 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1509.

(2) V. *supra*, I, n. 603 s.

(3) Paris, 10 déc. 1896, *Gaz. Pal.* 1897. 1. 176.

(4) Rapp., *infra* II, n. 1083 s. et 1105 s.

(5) Pothier, *Communauté*, n. 613.

récompense vis-à-vis de la communauté, posait trois règles. Les voici :

PREMIÈRE RÈGLE. — « Toutes les fois que l'un ou l'autre des époux s'est enrichi aux dépens de la communauté, il lui en doit récompense. » C'est l'idée élémentaire.

DEUXIÈME RÈGLE. — Elle est relative au calcul de la récompense. « La récompense, nous dit Pothier, n'est pas toujours de ce qu'il en a coûté à la communauté pour l'affaire particulière de l'un des conjoints; elle n'est due que jusqu'à concurrence de ce qu'il en a profité. »

TROISIÈME RÈGLE. — « La récompense n'excède pas ce qu'il en a coûté à la communauté, quelque grand qu'ait été le profit que le conjoint a retiré. »

Ces principes, sous réserve d'une question controversée lorsqu'il s'agit de fixer le montant de l'indemnité due à la communauté par suite d'impenses utiles ou nécessaires, se retrouvent dans les textes du code civil.

Une idée nouvelle est seulement venue s'ajouter à cette ancienne théorie. En effet, en cas de délit commis par le mari, le législateur de 1804 a innové en reconnaissant à la communauté un droit à une récompense pour les amendes encourues. Mais laissons de côté l'hypothèse de l'amende prévue par l'article 1424, texte sur lequel nous nous sommes expliqués précédemment (1).

La règle générale en notre matière se trouve formulée par l'article 1437. Cet article est ainsi conçu : *Toutes les fois « qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour « acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, « telles que le prix ou partie du prix d'un immeuble à lui « propre ou le rachat de services fonciers, soit pour le recou- « vrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens « personnels, et généralement toutes les fois que l'un des « époux a tiré un profit personnel des biens de la commu- « nauté, il en doit la récompense* (2). »

834 *bis*. Notons en passant que chaque époux, ayant le

(1) V. *supra*, I, n. 573-574.

(2) Rapp. Lyon, 28 déc. 1897, D., 99. 2. 49 et v. *supra*, I, n. 95 *bis*.

droit de faire à son conjoint une libéralité révocable, peut, par donation entre vifs ou par testament, le dispenser de l'obligation de payer telle récompense, dont, sans cette disposition, il serait redevable, soit à l'époux auteur de la libéralité, soit à la communauté, conformément au principe général édicté dans l'article 1437 (1).

835. Comme pour les récompenses dues par la communauté aux époux, nous étudierons, ici encore, sur chacune des hypothèses, la double question suivante :

1° Quand est-il dû récompense?

2° D'après quels principes convient-il d'en fixer le montant ?

Nous grouperons les divers cas dans lesquels les époux peuvent devoir une récompense à la communauté, sous quatre chefs.

Nous parlerons, d'abord, des récompenses auxquelles donnent occasion les dettes personnelles aux époux.

Puis, nous traiterons de celles qui se rattachent à l'administration des biens propres, et spécialement des immeubles.

Nous passerons, en troisième lieu, aux récompenses dues à la communauté, soit en raison de la création de rentes viagères ou de contrats d'assurance sur la vie, soit en raison de la transformation de rentes viagères ou de droits viagers, — tels qu'un usufruit, — en droits perpétuels, fonds ou capitaux.

Une quatrième et dernière division correspondra aux causes de récompenses diverses qui n'auront pas trouvé leur place dans les développements alors donnés.

836 *a. Récompenses auxquelles donnent occasion les dettes personnelles aux époux.* — Les récompenses pour dettes qui, personnelles aux époux, ont été payées par la communauté, sont fréquentes. Mais, dès qu'il est établi que la communauté a fait une avance pour l'un des conjoints, la récompense ne soulève guère de difficultés spéciales. La commu-

(1) V. *Note* Labbé, sous Rennes, 9 fév. 1888, S., 89. 2. 121. — Civ. rej., 24 janv. 1894, S., 94. 1. 288. — Paris, 11 août 1903. D, 1904. 2. 381. — Huc, *op. cit.*, IX, n. 225.

nauté a, purement et simplement, le droit de rentrer dans ses déboursés (1).

Il est donc inutile d'insister, en général, sur le taux de la récompense (2). Son montant est égal à la somme payée en capital par la communauté, cette dernière devant supporter définitivement les intérêts.

837. D'autre part, pour savoir dans quels cas une récompense de cette sorte est due, il suffit de se reporter à la distinction entre les dettes personnelles aux époux et celles qui restent à la charge de la communauté. Il convient, ici, de ne point oublier que cette communauté a droit à une récompense, non seulement pour les dettes restant absolument en dehors du passif commun, mais encore pour celles qui n'y entrent que provisoirement.

Sous le bénéfice de cette remarque, il nous suffira de signaler les hypothèses principales dans lesquelles il y a lieu à récompense à raison des dettes personnelles aux conjoints.

Ainsi, dans le passif antérieur au mariage, la communauté ne doit pas supporter les dettes immobilières des époux ni les dommages et intérêts dus pour leur inexécution, pas plus que celles des dettes mobilières qui en ont été exclues par une stipulation du contrat de mariage. De même, en vertu de l'article 1409-1° *in fine*, une récompense est due à la communauté à raison d'une dette mobilière dont l'un des époux est débiteur avant le mariage, lorsque cette dette est relative à l'un des biens propres de ce conjoint (3).

Quant aux dettes dont l'époux est devenu débiteur pendant la communauté, cette dernière ne les soldera que sauf indemnité ou remboursement intégral du capital déboursé, dans un grand nombre d'hypothèses.

Ainsi, relativement aux dettes grevant des successions ou des legs échus à un conjoint, nous savons que ces dettes se répartissent proportionnellement sur l'émolument mobilier

(1) Rapp. Civ. cass., 6 nov. 1899, D., 1900. 1. 129 (note).

(2) V. toutefois *infra*, I, n. 838 s., pour divers cas de dettes relatives à des immeubles propres.

(3) V. *supra*, I, n. 511 *in fine*, 528 s.

et sur la fraction immobilière de ces sortes d'acquisitions (1). Si la communauté prend le quart dans l'actif héréditaire, elle doit, — sous certaines restrictions inutiles à rappeler ici, — supporter le quart dans le passif. Dès lors cette communauté ayant payé davantage par hypothèse, devra en être indemnisée par l'époux lors de la liquidation de la masse commune, puisque le conjoint doit, dans le passif, solder une part proportionnelle à la portion d'actif successoral qui lui reste propre (2).

De même, à l'occasion des dettes nées au cours du mariage, nous connaissons l'article 1419 (3), permettant aux créanciers de poursuivre sur les biens communs le paiement des dettes contractées par l'épouse autorisée de son mari, sauf la récompense due à la communauté (4).

Ou bien encore, il peut s'agir du cas prévu par l'article 1406. C'est un ascendant qui a cédé à l'un des conjoints un immeuble à la charge de payer tout ou partie de ses dettes. L'immeuble ainsi cédé demeurera propre à l'époux. Mais si la communauté paye les dettes de l'ascendant, c'est-à-dire des dettes personnelles au conjoint, celui-ci lui en devra récompense (5).

Les articles 1407 et 1408 alinéa 1er nous fournissent encore des exemples du même genre (6).

Voilà tout autant d'applications de l'idée générale, d'après laquelle la communauté a droit à une récompense, si elle fournit de quoi payer les dettes personnelles de l'un des conjoints. Il est impossible de présenter à ce sujet une énumération complète des cas dans lesquels la communauté peut ainsi payer pour l'un des époux une dette restée en dehors du passif commun, ou qui n'y est entrée qu'à titre provisoire.

D'ailleurs, les principes à l'aide desquels on distingue les

(1) V. *supra*, I, n. 542 s.

(2) Ces règles de répartition proportionnelle sont applicables aux droits de mutation, Cpr. *infra*, II, n. 1203 et 1403; Agen 1er juin 1889. S. 92. 2. 76.

(3) V. *supra*, I, n. 583 s.

(4) V. *supra*, I, n. 363 s.

(5) V. *supra*, I, n. 363 s.

(6) V. *supra*, I, n. 371 s. et 432 s.

dettes que la communauté doit définitivement supporter et celles qu'elle ne paye que sous la réserve du droit à une récompense, ont été précédemment formulés. Ils rentrent directement, en effet, dans la théorie de la composition du passif de la communauté (1).

838. Nous avons mentionné ci-dessus l'hypothèse prévue par l'article 1406. Les récompenses dues à la communauté en vertu de cette disposition de la loi sollicitent un instant d'attention.

Colmet de Santerre (2) a émis à leur sujet une opinion particulière fort ingénieuse. Voici sa doctrine : La communauté ayant payé les dettes de l'ascendant, — dettes grevant les immeubles abandonnés par lui à l'époux descendant à titre d'accommodement de famille, — n'aurait pas droit à la récompense de tout ce qu'elle a payé. Elle n'aurait droit à une récompense que « pour la portion des dettes qui n'auraient point été à sa charge d'après les règles sur le passif des successions. » La convention supposée par l'article 1406 a, en effet, réglé par anticipation tout ou partie des droits héréditaires du descendant bénéficiaire de la disposition. Cette disposition ne doit pas lui imposer des charges plus lourdes que celles qui pèseraient sur lui à l'occasion de l'ouverture régulière de la succession de l'ascendant disposant. Il faudrait donc se rendre compte du point de savoir si le passif mis à la charge du descendant représente plus de la part contributoire de la partie mobilière de la succession. L'excédent seul de cette part contributoire motiverait une récompense au profit de la communauté.

Doit-on faire bon accueil à cette doctrine assurément séduisante et fort ingénieuse ? Nous ne le pensons pas. Tout d'abord, ce système ne supposerait-il pas que la règle de l'article 883 est étrangère à la détermination de la part de la communauté dans l'actif successoral ? On pourrait dire, il est vrai, que l'on verra plus tard en quelle proportion le descendant a recueilli les meubles et immeubles dans la succession de l'ascendant pour déterminer la répartition du passif.

(1) V. *supra*, I, n. 483 s.
(2) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, IV, n. 34 *bis*, IV et V.

Soit. Mais l'article 1403 ne subordonne nullement la solution qu'il donne à l'acceptation de la succession de l'ascendant disposant par le descendant bénéficiaire de l'accommodement de famille. Cet article 1406 ne subordonne même pas sa solution à la vocation héréditaire de ce descendant qui peut décéder avant l'ascendant donateur. Et puis, si l'on admettait la doctrine de Colmet de Santerre, que faudrait-il décider en imaginant que l'ascendant survive à la dissolution de la communauté ayant existé entre le descendant bénéficiaire de l'accommodement de famille et son conjoint ? Nous serions ainsi condamnés à admettre des distinctions dont l'effet serait de nous écarter du texte et de la tradition. Celle-ci a consacré, dans notre hypothèse, au profit de la communauté, le droit à une récompense intégrale.

839. *b. Récompenses qui se rattachent à l'administration des biens propres.*— C'est surtout à l'occasion des immeubles propres que l'un ou l'autre des époux devient débiteur de récompenses envers la communauté.

840. On peut prévoir, par exemple, que la communauté n'a pas perçu toutes les récoltes auxquelles elle avait droit et que, lorsqu'elle prend fin, le conjoint trouve sur son immeuble une récolte qui aurait dû être faite auparavant. Cette situation est surtout possible à l'égard des coupes de bois qu'il est facile de retarder ou d'avancer. Nous retrouvons, à cet égard, la contre-partie des hypothèses signalées ci-dessus (1), dans lesquelles la communauté est débitrice d'une récompense. Ici, cette communauté aura droit à une indemnité, si elle laisse à l'époux une coupe de bois qu'elle aurait dû faire, ou si elle laisse simplement sur pied du bois plus âgé qu'il ne devrait l'être.

Dans ce cas, le montant de l'indemnité devra être fixé par une estimation représentant le prix net de l'excédent de valeur du bois existant. Après avoir déterminé, par exemple, que la coupe, déduction faite des frais d'exploitation, donne un produit de vingt francs par hectare et par année, il suf-

(1) V. *supra*, I, n. 830,

fira de multiplier ce chiffre par le nombre d'hectares et d'années.

841. Les frais de culture peuvent également, ainsi que nous l'avons déjà remarqué (1), donner lieu parfois à des récompenses.

Sans doute, la communauté légale doit, s'ils sont encore dus, subir tous les frais de culture ayant préparé la première récolte recueillie par elle. C'est là une dette mobilière qu'elle supporte comme toutes les dettes mobilières antérieures au mariage. Mais elle ne doit point récompense à l'époux des frais qu'il a soldés ou des travaux qu'il a lui-même exécutés avant la célébration du mariage. La règle n'est plus la même quand la communauté est réduite aux acquêts. Cette dernière ne peut pas prendre les fruits de la première année sans rembourser les frais de labours et de semence qu'il est d'usage de payer sur la récolte (2).

D'autre part, l'application des principes conduit à décider que la communauté légale, elle-même, a droit au remboursement des frais de culture faits en vue d'une récolte qui n'est recueillie que lorsque cette communauté est dissoute (3). Cette solution traditionnelle (4) ne saurait être mise en échec par une objection tirée de l'article 584, texte d'après lequel, à l'extinction de l'usufruit, le propriétaire profite des fruits pendants par branches ou par racines sans récompense des labours et des semences (5). Il suffit, en effet, pour écarter cette objection, de remarquer que, en matière de communauté,

(1) V. *supra*, I, n. 303.

(2) V. *infra*, II, n. 1273.

(3) V. *supra*, I, n. 305. — Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 152; Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, I, p. 133 s.; Odier, *op. cit.*, I, n. 95 s.; Toullier, *op. cit.*, XII, n. 121; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 640, note 6, p. 67; Troplong, *op. cit.*, II, n. 1195; Rodière et Pont, *op. cit.*, I. n. 475; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511 *bis*, texte et note 7, p. 363; Mennesson, *op. cit*, p. 248. 253; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 986, 987; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1540, 1541; Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n. 976 et 1002, 1293. — Rennes, 26 janv. 1828, S. chr. — Douai, 20 déc. 1848, S., 49. 2. 511, D., 50. 2. 192. — Cpr. Rouen, 3 mars 1853, S., 54. 2. 344. — Limoges, 31 août 1863, S., 64. 2. 204.

(4) V. not. l'art. 131 de la Coutume de Paris et Pothier, *Communauté*, n. 212, 213.

(5) V. cep. Bordeaux, 3 fév. 1873, S., 73. 2. 487, D., 73. 2. 162.

les règles ordinaires de l'usufruit se trouvent modifiées par la disposition de l'article 1437 qui prohibe tout enrichissement des conjoints aux dépens de la communauté. Quant à soutenir, comme l'a fait Bugnet (1), qu'il n'y a lieu à récompense que pour les augmentations de capital, c'est vouloir poser un prétendu principe inconciliable, nous semble-t-il, avec l'article 1437, et plus encore avec l'article 1403.

M. Guillouard (2), accusé parfois d'aller un peu loin en sens inverse, — il admet la récompense au profit de la communauté même pour les frais de garde des bois taillis, pour les frais d'achat des engrais et pour ceux d'irrigation, de dessèchement, etc., — nous paraît, quant à nous, faire une application exacte du principe posé par l'article 1437. Ce sont là tout autant de déboursés dont l'époux doit tenir compte à la masse commune, sous peine de s'enrichir à ses dépens, dès que cet époux, la communauté dissoute, recueille la coupe de bois ou la récolte en vue desquelles ils ont été faits.

En tout cas, pour accorder ainsi une récompense à la communauté à raison des frais de culture, nous supposons, cela va sans dire, que cette communauté avait déboursé ces frais. Il n'en est pas ainsi quand les biens sont cultivés par un colon partiaire ou métayer. Ce dernier, soldant les frais de culture, garde une partie de la récolte à titre de rémunération. Quant au surplus, formant la part du bailleur, il constitue un revenu net, analogue à un fermage, avec cette différence qu'il est payé en nature au lieu de l'être en argent, et qu'il s'acquiert par la perception au lieu de s'acquérir jour par jour (3).

842. Les travaux faits sur les immeubles demeurés propres aux conjoints sont une des causes les plus importantes des récompenses en faveur de la communauté. C'est peut-être aussi celle de ces causes qui fait naître, en droit, les plus graves difficultés.

L'article 1437 s'en occupe lorsqu'il stipule, au profit de la

(1) Bugnet sur Pothier, *Communauté*, n. 213, note 1.
(2) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 988, 989.
(3) Pau, 23 mai 1877, S., 77. 3. 383, D., 78. 2. 190.

communauté, une récompense des sommes prises par l'un des époux *pour la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels.*

Ce texte rappelle, de suite, la distinction entre les impenses nécessaires à la conservation du bien, les impenses simplement utiles desquelles résulte une amélioration ou plus-value et les impenses voluptuaires ou de pur agrément n'augmentant point la valeur vénale de l'immeuble.

843. En tant qu'il s'agit des impenses nécessaires, il en est qui font partie du passif définitif de la communauté : ce sont les dépenses d'entretien. De même, en effet, qu'un usufruitier supporte les dépenses d'entretien qui sont une charge des revenus, de même la communauté solde ces sortes de dépenses, sans que l'époux lui doive de ce chef une récompense, puisqu'elles sont une charge de la jouissance qui lui appartient sur les biens des conjoints (art. 1409-4°)(1). La communauté n'a donc droit, en principe, à une récompense que pour celles des impenses nécessaires qui correspondent aux grosses réparations (V. art. 606).

Toutefois, on a discuté sur la question de savoir si, par exception, les réparations d'entretien ne rendent pas la communauté créancière d'une récompense, en les supposant faites au cours de la vie commune, alors qu'il s'agit de réparer des dégradations déjà existantes lors du mariage, si bien que ces dépenses auraient normalement dû être faites par l'époux ou ses auteurs avant la célébration de l'union conjugale. Proudhon enseigne l'affirmative (2). On se prononce généralement en faveur de la doctrine opposée (3).

Pour soutenir que l'époux ne doit pas de récompense dans l'hypothèse qui nous occupe, on invoque cette considération, à savoir que les réparations en retard grèvent les économies du conjoint et que ces économies étant recueillies par la

(1) V. *supra*, I, n. 494.

(2) Proudhon, *Usufruit*, n. 2661.

(3) Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, III, p. 401 ; Toullier, *op. cit.*, XIII, n. 160 ; Battur, *op. cit.*, II, n. 734; Grivel, *Revue pratique*, 1882, p. 335 s., 1833, p. 203; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 984 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1537-1538 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1537-1538.

communauté, celle-ci prend en même temps la charge qui les accompagne. Puis, si l'on objecte que, en ne faisant pas la dépense d'entretien, l'époux, s'il était dans la gêne, n'a pas réalisé d'économies, il est répondu qu'il aurait alors dû faire les réparations soit à crédit, soit en empruntant, et que la dette, comme toute dette mobilière, serait tombée à la charge de la communauté (art. 1409-1°).

Ce raisonnement nous laisse un doute très sérieux. Certes ! au cas où le conjoint aurait fait, sans la payer, la dépense d'entretien, sa dette entrerait dans le passif commun. Mais ce conjoint n'a pas fait cette dépense, et les raisons que l'on invoque pour en rejeter la charge sur la communauté nous semblent inexactes. Est-il vrai, comme paraît le supposer le raisonnement présenté, qu'un propriétaire soit obligé d'entretenir ses immeubles en bon état ? Quel est donc le créancier d'une semblable obligation ? Celle-ci est une pure illusion, chacun étant maître de négliger les choses qui lui appartiennent. Chaque époux serait-il tenu envers la communauté de lui remettre ses biens en excellent état ? Personne n'oserait le soutenir. De plus, alors même qu'il existerait, au début de la communauté, une obligation à la charge du conjoint, cette obligation dont, d'ailleurs, nous ne trouvons pas de traces, ne pèserait-elle pas *sur tout l'ensemble de son patrimoine*, et non pas seulement sur ses économies mobilières, ainsi qu'on le prétend ? Si l'on objecte qu'une telle dette est mobilière et que dès lors elle tombe à la charge de la communauté, ne doit-on pas répondre qu'elle n'y tombe que sauf récompense parce qu'elle est relative à un bien propre (1) ?

En somme, la communauté, comme tout usufruitier, prend les immeubles en l'état où ils sont au début du mariage.

(1) Nous écartons, bien entendu, le cas de fraude, c'est-à-dire le cas où l'un des futurs époux aurait, à l'insu de l'autre, négligé par calcul l'entretien de ses immeubles pour les faire réparer aux frais de la communauté. La fraude une fois établie, par extraordinaire, une récompense pourrait être due à la communauté à raison de la somme sortie de la caisse commune et jusqu'à concurrence du montant de cette somme. Cette solution n'a guère d'intérêt pratique qu'en présence de clauses restrictives de la composition passive de la communauté, telles que la séparation des dettes.

Elle doit, lorsqu'elle se dissout, les rendre dans un état analogue, à part l'influence de la vétusté.

Quant aux réparations d'entretien à raison de dégradations déjà existantes lors du mariage, elles ne sont point à la charge de la communauté, puisqu'elles correspondent à l'époque antérieure à la célébration de l'union. La communauté n'est pas plus obligée de les faire que ne l'était l'époux lui-même. Si elle les a faites bénévolement, il nous semble que l'article 1437 nous conduit à nous demander si l'époux en a tiré profit? Si oui, il en devra récompense. C'est à ces termes-là que l'article 1437 réduit le problème. L'époux doit donc récompense des travaux, s'il en a profité et dans la mesure dans laquelle il en a tiré profit. En un mot, la communauté aura droit à une indemnité égale à la plus-value résultant de ces travaux.

Ce principe nous conduira même, dans nombre d'hypothèses, à accorder à la communauté le remboursement total de la dépense, lorsque la réparation d'entretien est telle que si elle n'avait pas été faite, l'immeuble en aurait été compromis en totalité ou en partie. Il s'agit alors d'une dépense nécessaire à la *conservation* du bien réparé. Le conjoint a pu la différer ; il n'est pas en droit de soutenir qu'il ne l'aurait jamais faite.

843 *bis*. Nous considérons, en effet, que récompense est due à la communauté de toutes les sommes fournies par elle pour impenses nécessaires concernant les immeubles propres des époux, dès que ces impenses ne sont pas de celles qui font définitivement partie du passif commun (art. 1409-4°).

Cette solution est vraie, en principe, de toutes les grosses réparations (1), à moins qu'elles n'aient été causées par le défaut d'entretien durant la communauté (2).

Gardons-nous toutefois d'une confusion, que M. Guil-

(1) Pothier, *Communauté*, n. 272 ; Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 375 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 959 Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511 *bis*, p. 367 ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 683 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 991.

(2) Grivel, *Rev. prat.*, 1882 et 1883, v. le n. 89 de son étude ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 991 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1547 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1547.

louard (1) après Pothier (2) signale judicieusement. Il peut arriver, par exception, qu'une grosse réparation ne soit pas une impense nécessaire. Le bâtiment à réparer peut, en effet, être dans une situation telle qu'il ne saurait être utilisé. Destiné à la location, il ne trouverait pas de preneur. Le réparer à grands frais, refaire des gros murs ou le toit en entier serait un acte de mauvaise administration. Donc, ce n'est pas une dépense nécessaire, et la communauté n'aura pas droit à une récompense, comme s'il s'agissait d'une dépense de cette nature, surtout si cet immeuble appartient à l'épouse. Il faut, en effet, ne pas perdre de vue l'article 1428. Ce texte rend le mari et par suite la communauté responsables des actes de mauvaise administration des biens de la femme (3).

Mais on a pu voir une impense nécessaire, et non une simple amélioration, dans la reconstruction d'une maison de ville, détruite par un incendie (4) ou dont la démolition avait été ordonnée par l'autorité administrative (5).

Une décision analogue a été rendue par la Cour de Montpellier le 19 novembre 1897, au sujet de la reconstitution en plants américains greffés d'un vignoble phylloxéré (6).

Il en peut être de même du remplacement d'une ancienne habitation, mesquine et trop exiguë, par une maison nouvelle en rapport avec l'importance du domaine, la fortune et la condition du conjoint propriétaire (7).

On peut dire, en effet, que la condition entre les impenses nécessaires, les impenses utiles et les impenses voluptuaires se trouve subordonnée aux circonstances (8). De là il faut conclure que la question relative aux impenses, question

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 991.
(2) Pothier, *Communauté*, n. 635.
(3) V *supra*, I, n. 718 s.
(4) Req., 24 fév. 1890, S., 92. 1. 498, D., 93 1. 119.
(5) Civ. rej., 9 nov. 1865, S., 65. 1. 46, D., 65. 1. 169.
(6) *Gaz. Pal.*, 98. 1. 552, Rapp. *infra*, III, n. 1723 où est cité Req., 23 nov. 1898 rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la même cour de Montpellier, en date du 25 mars 1896, S., 99. 1. 93, D., 99. 1. 39.
(7) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 994.
(8) Paris, 27 fév. 1901. D., 1901. 2. 486. S., 1901. 2. 127.

mélangée de fait et de droit, ne saurait être soulevée *pour la première fois* devant la Cour de cassation (1).

Tout en cette matière est relatif. C'est ainsi que des embellissements, taxés, à la campagne, de dépenses de pur agrément, pourront être à la ville des dépenses utiles assurant une augmentation de revenus et, par suite, une plus-value (2).

844. La distinction, dépendant ainsi des circonstances, entre les diverses sortes d'impenses nécessaires, utiles ou voluptuaires, a une grande importance pratique, d'après l'opinion la plus générale, lorsqu'il s'agit de fixer les bases et le montant de la récompense due à la communauté par l'époux.

Cette fixation du quantum de la récompense soulève une controverse assez vive.

Une opinion donnant toujours à la communauté le droit au remboursement intégral des sommes fournies par elle, compte quelques partisans autorisés (3). Elle n'a cependant pas fait fortune. Ceux qui la soutiennent n'osent pas toujours en accepter toutes les conséquences.

Cette doctrine conduirait logiquement à poser cette règle fort simple, à savoir que l'indemnité due à la communauté serait, dans tous les cas, de la totalité de la somme dépensée, quel qu'ait été le résultat, sans distinguer entre les dépenses nécessaires, utiles ou voluptuaires, ces dépenses eussent-elles été faites sur des immeubles de la femme sans son assentiment ou même contre son gré.

Mais, relativement aux dépenses utiles, des distinctions sont proposées par certains interprètes. Pour le bien propre du mari et pour le bien propre de la femme qui a consenti à la dépense, la récompense serait de la totalité de la somme déboursée par la communauté. Au contraire, si la femme n'a pas consenti à la dépense faite dans l'intérêt de son bien

(1) Req., 24 fév. 1890, S., 92. 1. 498, D., 93. 1. 119

(2) V. Pothier, *Communauté*, n. 635. — Cpr. Besançon, 2 mars 1863, D., 63. 2. 49. — Douai, 16 juill. 1853, S., 53. 2. 577, D., 53. 2. 62.

(3) V. et cpr. Marcadé, sur l'art. 1437, n. 2 ; Proudhon, *Usufruit*, n. 2664 ; Demante, *Programme*, III, p. 84 ; Bugnet sur Pothier, *Communauté*, n. 626, note 1 ; Rodière et Pont, I, *op. cit.*, II, n. 960 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 644, p. 128, note 37 ; Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 476-478 ; 483-484.

propre, elle ne devrait une récompense que jusqu'à concurrence de la plus-value procurée à ce bien, car, — nous l'avons déjà remarqué à diverses reprises, — il y a lieu de tenir compte du principe d'après lequel le mari est responsable de la mauvaise gestion du patrimoine de l'épouse. L'article 1428 tempèrerait, au profit de la femme, l'application trop rigoureuse de l'article 1437.

D'autres auteurs, se refusant à admettre l'influence de la volonté de la femme sur le taux des récompenses par elles dues à l'occasion de ses biens propres, ne tiennent aucun compte de l'approbation que l'épouse a pu donner, ou même de sa participation à la direction des travaux, le mari ayant seul qualité, disent-ils, pour ordonner ces dépenses.

D'autre part, quant aux impenses voluptuaires, Laurent (1) estime que le mari doit une récompense à la communauté de toutes les sommes puisées dans la caisse commune pour y faire face, alors que d'autres auteurs sont d'avis que, pour ces sortes d'impenses, les époux ne doivent récompense que pour le montant de la plus-value qu'elles ont procurée (2).

Avec la majorité des interprètes (3), nous répudions cette première doctrine pour accepter celle jadis enseignée par Pothier. C'est, d'ailleurs, en ce sens que la jurisprudence,— dont les solutions ne sont pas toujours très concordantes, — paraît vouloir se consolider de plus en plus (4).

(1) Laurent, *op. cit.*, XXII, n. 483.

(2) Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 1437, n. 2 ; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 931.

(3) Troplong, *op. cit.*, n. 1193 ; Aubry et Rau, § 511 *bis*, texte et note 5, p. 367-368 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 84 *bis*, IV et V ; Arntz, *op. cit.*, III, n. 633 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 1006 ; Vigié, *op. cit.*, III. n. 225 3° ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1548 s. ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1548 s. ; Huc, *op. cit.*, IX, n. 220 à 224.

(4) V. et cpr. Douai, 16 juill 1853, S., 53. 2. 277, D. 54. 2. 62. — Req., 18 mars 1856, S., 58. 1. 423, D., 56. 1. 129. — Civ. rej., 9 nov. 1864, S., 65. 1. 46, D., 65. 1. 169. — Metz, 24 déc. 1869, S., 70. 2. 155. D., 71. 2. 36. — Paris, 6 août 1872, S., 72. 2. 175, D., 72. 5. 94. — Limoges, 25 avril 1877, S., 78. 2. 20. — Req., 14 mars 1877, S., 78. 1. 5 (note Labbé), D., 77. 1. 353. — Bordeaux, 22 janv. 1880, S. 81. 2. 76. — Bordeaux, 23 nov. 1880, S., 81. 2. 76. — Caen, 29 nov. 1881. S.. 84. 2. 145. — Civ. cass., 22 oct 1889, S., 90. 1. 55, D., 1. 62.

Voici cette doctrine.

Pothier (1), pour les dépenses nécessaires autres que celles d'entretien, accordait à la communauté une récompense de tout ce qu'elle avait déboursé. Tout le monde est aujourd'hui d'accord pour accepter la même solution. Les impenses nécessaires obligent donc l'époux propriétaire au remboursement intégral des sommes employées, alors même que l'immeuble aurait péri lorsque la communauté prend fin (2).

Quant aux dépenses voluptuaires, qualifiées telles parce qu'elles n'engendrent aucune plus-value, Pothier disait, — et il faut dire après lui, — que ces sortes de dépenses, n'ayant profité qu'à l'agrément des deux conjoints, ne donnent lieu à aucune récompense (3). Les dépenses de cette nature donnent simplement le droit d'enlever les matériaux, si cela est possible sans détérioration.

De plus, si des travaux d'embellissement ont eu pour résultat de procurer une augmentation de valeur à l'immeuble, il est dû récompense sur le taux de la mieux-value à l'époque de la dissolution de la communauté (4).

Restent les dépenses utiles pour lesquelles surtout s'élève la difficulté. A l'égard de ces sortes de dépenses, Pothier décidait que la récompense était, au maximum, de la somme déboursée par la communauté. Cette solution est encore vraie aujourd'hui (5). Pothier ajoutait que la récompense ne pouvait pas, non plus, dépasser la plus-value donnée au bien propre de l'époux, en supposant cette plus-value inférieure à la somme sortie de la caisse commune. Eh bien! l'article 1437 ne faisant que résumer ce que décidait autrefois Pothier en notre matière, il nous semble que sa doctrine doit être acceptée en entier. La décision de Pothier n'est-

(1) Pothier, *Communauté*, n. 636.

(2) Paris, 27 fév. fév. 1901, D., 1901. 2. 486, S., 1901. 2. 127.—Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 375 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 996, 997 ; Mérignhac, *op. cit.*, n° 1569 et 1570 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1569 et 1570 ; Planiol, *op. cit.*, III (2e éd.), n. 1296. — Cpr. Grivel, *Rev. prat.*, 1882 et 1883 ; voir n. 139 de son étude.

(3) Paris, 27 fév. 1901. D., 1901.2.486, S., 1901.2 127.

(4) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511 *bis*, texte et note 6, p. 368.

(5) Civ. cass., 22 oct. 1889, S., 90.1.55, D., 90.1.62.

elle pas, au surplus, en harmonie parfaite avec le principe fondamental, aux termes duquel aucun des trois patrimoines mis en présence par la communauté ne doit s'enrichir aux dépens d'un autre? Il résulte bien de là que la récompense doit être limitée à la plus-value, si celle-ci est inférieure à la somme payée par la communauté.

On oppose à cette doctrine la lettre du texte de l'article 1437, ainsi conçu : « *Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes et charges personnelles à l'un des époux..., soit pour la conservation l'amélioration ou le recouvrement de ses biens personnels...* », l'époux en doit récompense. La récompense a donc pour objet, dit-on, *la somme tirée des caisses de la communauté*. Nous répondrons très simplement, en faisant remarquer que la fin du texte de l'article 1437 vient corriger ce qu'a de trop général l'expression dont on argumente; car il résulte de cette fin de l'article que le montant de la récompense doit cadrer avec le profit retiré par l'époux. « *Généralement* », déclare, en effet, le législateur, « *toutes les fois que l'un des époux a tiré* un profit personnel des biens de la communauté, *il en doit la « récompense »*. On a prétendu quelquefois que cette fin du texte de l'article 1437 pose une règle générale pour les cas qui ne sont pas spécialement prévus par cet article. Mais, soutient-on, quand il s'agit des cas énumérés par l'article 1437, il y a récompense jusqu'à concurrence des sommes déboursées par la communauté. D'ailleurs, est-il ajouté, cette solution est fort juste. En effet, le conjoint a tiré une somme de la caisse commune. Or, si la communauté ne lui avait pas fourni cette somme, il aurait dû l'emprunter ailleurs, de telle sorte qu'il aurait bien fallu, quel qu'ait été l'avantage retiré, que le conjoint emprunteur restituât intégralement cette somme au prêteur. Pourquoi ne pas décider de même quand c'est la communauté qui lui a fait le prêt?

Répondons que le mari, chef de la communauté, en emploie les deniers à sa guise. Il peut les dissiper, les perdre, et l'épouse le pourrait avec son autorisation. Comme l'a dit jadis Guy Coquille: « Si le mari avait pris son passe-

temps à jouer et eût perdu ses deniers, on ne lui en demanderait pas récompense (1). » Eh bien! au lieu de perdre les deniers communs, il en a été fait un emploi utile. Nous prétendons que la communauté ne peut pas se plaindre, dès lors qu'on lui tient compte de ce qu'elle a déboursé, jusqu'à concurrence du profit qui en a été retiré. Cette idée nous paraît décisive. Nous admettons donc que, pour les dépenses utiles, il n'est dû récompense à la communauté par l'époux que jusqu'à concurrence seulement de la plus-value qui en est résultée.

Quant à cette plus-value, elle sera appréciée à la dissolution de la communauté (2).

M. Guillouard (3) critique avec raison un arrêt de la Cour d'appel de Metz du 14 décembre 1869 (4), qui a imaginé de calculer la plus-value, non point sur la valeur vénale telle qu'elle résulte des circonstances, mais sur la valeur réelle et intrinsèque, sans avoir égard aux causes accidentelles de hausse ou de baisse. Cet arrêt de la Cour de Metz, en fixant ainsi une valeur *in abstracto*, réelle, intrinsèque, indépendante des éventualités, a oublié que le droit est avant tout pratique. La valeur à prendre en considération pour la fixation de la plus-value ne peut être que la valeur vénale actuelle du bien, sauf, selon nous, à ne pas tenir trop de compte d'une dépréciation tout à fait passagère ; car les immeubles ne sont pas, comme les marchandises, destinés à être vendus au plus vite. Telle est la seule concession à faire à la Cour de Metz.

845. Nous avons donc, au point de vue du montant de la

(1) Guy-Coquille, *Les coutumes des pays et comté de Nivernais* (*Œuvres*, édit. 1603), II, p. 206, sur l'art. 6 du ch. XXII *Des communautés et associations*.

(2) Troplong, *op. cit.*, II, n. 1193; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511 *bis*, texte et note 2, p. 367, 368; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 84 *bis*, IV et V; Arntz, *op. cit.*, III, n. 683; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 1006, 1007. — Planiol. *op. cit*, III, (2e édit.) n. 1296. — Req. 14 mars, 1877 S. 78. 1. 5. (note Labbé) D 77. 1. 353. — Douai, 16 juill. 1853, S., 53. 2. 577, D., 55. 2. 62. — Bordeaux, 22 janv. et 23 nov., 1880, S 81. 2. 76, — Caen, 29 nov. 1881, S., 84. 2. 145. — Paris, 27 fév. 1901. D., 1901. 2. 486, S., 1901. 2. 127.

(3) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 1008.

(4) S. 70. 2. 155, D., 71. 2. 36.

récompense, établi une distinction entre les impenses nécessaires, qui, en dehors des dépenses d'entretien, donnent droit au profit de la communauté à une récompense intégrale de la somme déboursée, et les dépenses utiles à l'occasion desquelles la récompense doit être calculée d'après la plus-value du bien au moment de la dissolution de la communauté. Il importe peu à ce sujet qu'il s'agisse de biens appartenant au mari ou à la femme.

Toutefois, une atténuation doit être apportée à la solution relative aux impenses nécessaires, quand il s'agit d'un bien de l'épouse. Nous remarquerons, en effet, que l'impense ne doit pas être considérée comme nécessaire, lorsque, d'après l'article 1428, elle constitue un acte de mauvaise administration. La récompense ne doit être alors que de la plus-value procurée au bien. Mais le mari ne saurait tenir un raisonnement du même genre quand il s'agit de grosses réparations concernant ses propres immeubles ; il ne peut pas arguer à ce sujet de sa mauvaise administration.

846. Notons, en passant, que l'on doit considérer comme une dépense nécessaire le remboursement de la somme due hypothécairement par l'immeuble dont l'un des époux est tiers détenteur. On doit dire, dans cette hypothèse, que la communauté a payé la dette de l'époux. Elle a droit au remboursement intégral de la somme soldée par elle (1).

D'autre part, les accroissements procurés à des biens même mobiliers appartenant en propre à l'un des époux, au moyen de deniers sortis de la caisse commune restent propres à cet époux sauf récompense à la communauté (2).

847. Les immeubles propres des conjoints peuvent, aux termes de l'article 1437, être l'occasion de récompenses, en raison de sommes prises pour acquitter « *les charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un immeuble à lui propre ou le rachat de services fonciers, ou pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels.* »

(1) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 84 *bis*, IX. Rapp. *supra*, I, n. 535.

(2) Req., 24 juin 1903. D. 1904. 1. 591.

Nous venons de commenter ces derniers mots ; encore n'avons-nous complètement expliqué que le dernier. Nous n'avons rien à ajouter sur les récompenses ayant pour origine des améliorations.

Mais il n'en est pas ainsi de celles qui sont fondées sur la conservation d'un bien propre.

Le mot *conservation* a, en effet, dans notre ordre d'idées, deux sens différents. Il se réfère d'abord aux actes conservatoires matériels, comme les grosses réparations. Nous nous sommes expliqués sur ce point en traitant des impenses nécessaires (1).

Mais le mot *conservation* comprend également les actes qui conservent *juridiquement* l'immeuble, qui le font rester dans le patrimoine du conjoint. Il peut s'agir du paiement du supplément en argent de la part héréditaire d'un cohéritier lésé de plus du quart dans un partage, paiement fait pour éviter la rescision de ce partage, comme conséquence de laquelle l'époux serait privé des immeubles propres qui lui ont été attribués (art. 891). Il peut s'agir encore du paiement du supplément du juste prix d'un immeuble, pour éviter la rescision de la vente qui en a été consentie à l'un des époux (art. 1682, al. 1er). On peut également supposer que le mari achète la moitié indivise d'un immeuble dont il est déjà copropriétaire pour l'autre moitié (art. 1408, al. 1er). Dans ces deux hypothèses, le taux de la récompense est de toute la somme déboursée par la communauté.

848. Le montant de la récompense sera calculé encore de la même manière, quand la somme aura été payée pour le recouvrement d'un immeuble aliéné, lors de l'exercice d'un réméré ou à la suite d'une rescision ou d'une résolution de l'aliénation. L'immeuble ne pouvait pas être recouvré sans ce versement dont le chiffre résulte d'actes juridiques antérieurs ou de décisions judiciaires (art. 1659, 1673, 1681 et 1682, al. 2) (2). Ajoutons que, soit l'action en rescision ou en

(1) V. *supra*, I, n. 843-844.

(2) Pothier, *Communauté*, n. 627 et 632; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 511 *bis* texte et note 2, p. 367 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 981.

résolution, soit le réméré n'ont pu être exercés sans le consentement de l'époux qui recouvre ainsi un bien propre.

Toutefois, Colmet de Santerre (1) propose ici une distinction analogue à celle qui semble entrer en faveur à l'égard des grosses réparations. D'après le savant interprète, l'exercice d'un réméré, les actions en résolution ou en rescision n'auraient point le caractère d'actes nécessaires en supposant que l'immeuble aliéné, lorsqu'il a été recouvré, fût d'une valeur inférieure à la somme à verser. Dans ce cas, il ne s'agirait que d'un acte *utile* à la communauté, acte fait en vue de la jouissance commune. Dès lors l'époux ne devrait, à titre de récompense à la communauté, que la plus-value qui en est résultée pour son patrimoine lors de la reprise de l'immeuble. Ce n'est que dans cette mesure, prétend Colmet de Santerre, que la dépense faite a été nécessaire.

Cette solution nous inspire quelques doutes. De deux choses l'une, en effet : ou bien il faut traiter la dépense faite comme nécessaire, et la communauté a droit à un remboursement intégral; ou bien l'impense est simplement utile, et alors le chiffre de la récompense doit être égal à la plus-value procurée au patrimoine propre de l'époux, plus-value appréciée, non lors de la reprise de l'immeuble, comme le dit Colmet de Santerre, mais bien au moment de la dissolution de la communauté. Si l'on recule devant cette dernière solution, c'est parce que, dans notre hypothèse, il s'agit non pas d'une impense nécessaire, mais du paiement d'une dette antérieure de l'époux, dette subordonnée à une condition dépendant de sa volonté, en ce sens qu'il est maître d'exercer ou de ne pas exercer le réméré, la rescision ou la résolution. Et puis, en fait, on ne voit pas bien comment la somme à verser par la communauté serait supérieure à la valeur vénale de l'immeuble à recouvrer. D'abord, en cas de vente rescindable pour cause de lésion, il serait bien étrange que le prix à rendre par le vendeur fût supérieur à la valeur vénale de l'immeuble aliéné, alors qu'il vient d'être jugé que l'aliénateur a été lésé de plus de 7/12. D'autre part, les

(1) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 84 *bis*, X.

acheteurs à réméré ne payent guère, d'ordinaire, les immeubles qu'ils achètent plus que leur valeur, ni même leur valeur entière. Enfin, le vendeur à réméré ou le vendeur lésé ne rend que le prix par lui reçu. On ne comprendrait pas qu'il remboursât à la communauté moins qu'il n'avait lui-même encaissé. Cette raison se retrouve encore dans le cas de résolution de la vente pour défaut de paiement d'une partie du prix. D'ailleurs, la portion du prix qui a été payée par l'acheteur ne sera restituée par le vendeur que déduction faite des dommages et intérêts. Pour toutes ces raisons, la doctrine proposée par Colmet de Santerre nous paraît être difficilement acceptable.

849. Mais que déciderons-nous, lorsque des deniers communs ont servi, soit à dégrever un immeuble propre d'une servitude passive, soit à acquérir au profit de cet immeuble une servitude active ? Colmet de Santerre (1) ne voit là « qu'une *dépense d'amélioration, sinon matérielle, au moins juridique* »... L'acquisition ou l'anéantissement d'une servitude a pu profiter à la communauté comme la construction d'un édifice ; il s'agissait de rendre l'immeuble plus utile, plus agréable ou plus productif en augmentant ses qualités, M. Huc (2) se range à la même doctrine.

Cette thèse est combattue (3) par des raisons très fortes qui nous la font répudier. Quand la communauté paye la somme nécessaire pour l'acquisition ou l'anéantissement d'une servitude, elle acquitte une dette à laquelle elle a été jusqu'alors étrangère et qui ne résulte pas de l'administration de son chef, comme dans l'hypothèse où elle solde le prix de travaux exécutés pendant la durée de la jouissance appartenant à cette communauté sur les biens propres des époux.

Un rapprochement va nous faire immédiatement saisir la différence. Plaçons-nous en présence d'un usufruit ordinaire et reportons-nous à l'article 599. L'usufruitier ne peut rien réclamer du nu propriétaire pour se faire rembourser les

(1) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VI, n. 84 *bis*, VII.
(2) Huc, *op. cit.*, IX, n. 220 *in fine*.
(3) Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 958 ; Guillouard, *op cit.*, II, n. 1013.

impenses utiles, les améliorations ou les constructions qu'il a pu faire. Pourquoi cela ? C'est parce qu'il a pu accomplir ces divers travaux sans consulter le nu propriétaire. Au contraire, comprendrait-on un usufruitier rachetant des servitudes passives, ces dernières demeurant éteintes après la cessation de l'usufruit, sans que le nu propriétaire eût rien à payer ? Mais, de deux choses l'une : Ou bien l'usufruitier a traité en son propre nom. Il s'est borné à obtenir que l'exercice de la servitude passive fût suspendu pendant son usufruit. Ou bien l'usufruitier a stipulé une véritable extinction de la servitude, tant à son profit qu'au profit du nu propriétaire. Dans le premier cas la servitude qui, en droit, n'a pas cessé d'exister sera librement exercée contre le nu propriétaire après l'extinction de l'usufruit. Dans le second, il s'agit d'une sorte de stipulation pour autrui ne profitant au nu propriétaire que lorsqu'il l'a acceptée aux conditions convenues, c'est-à-dire à charge de payer le prix du rachat à moins que l'usufruitier ne lui en ait fait cadeau.

Précisons par un exemple. L'usufruitier s'est entendu avec un voisin et a obtenu qu'il supprime des vues qu'il avait à titre de servitude. Supposons même que l'usufruitier ait, à ses frais, muré ces vues. A la fin de l'usufruit, les héritiers de l'usufruitier ne pourront pas demander au nu propriétaire le remboursement de la dépense faite pour murer les fenêtres du voisin. Mais, pourvu qu'il le fasse avant trente ans (art. 707), ce voisin restera libre de rétablir les fenêtres. Quant au nu propriétaire, il n'aurait le droit d'exiger le maintien des travaux contraires à la servitude qu'en approuvant la stipulation obtenue par l'usufruitier. Or, ce dernier n'aura, en général, stipulé la suppression définitive de la servitude, qu'autant que le nu propriétaire devra lui tenir compte des déboursés faits pour obtenir cette suppression.

En définitive, il vaut mieux dire, en matière de communauté, qu'il est dû récompense à la caisse commune de la somme totale qui en est sortie pour affranchir l'immeuble propre de l'un des époux des servitudes qui le grevaient, ou pour faire établir une servitude au profit de ce même héritage.

850. Au lieu de concerner une servitude foncière, le rachat peut avoir pour objet un droit d'usufruit. Ce droit d'usufruit appartenant à un tiers et portant sur l'immeuble propre de l'un des conjoints ayant été racheté au cours de la communauté avec des deniers sortis de la caisse commune, que convient-il de décider au point de vue de la récompense ? Nous avons déjà rencontré cette question (1), et les explications alors fournies nous permettent ici d'être brefs.

D'abord, en supposant que le droit d'usufruit racheté n'eût pas duré plus longtemps que la communauté, le rachat n'ayant procuré aucun profit à l'époux nu propriétaire, il n'y a pas à parler de récompense due par cet époux à la caisse commune. Le déboursé fait par cette caisse n'a profité qu'à la communauté.

Mais la question devient délicate dans l'hypothèse où l'usufruitier, ayant consenti au rachat de son droit est encore vivant au moment où la communauté prend fin. Pothier (2) mettait autrefois sur la même ligne le rachat d'un usufruit et le rachat de services fonciers. Dans notre droit actuel, cette doctrine a encore des partisans (3). Au contraire, dans une autre opinion, quand la communauté rachète l'usufruit possédé par un tiers sur le bien propre d'un époux, ce qu'elle fait : c'est l'achat d'un immeuble conquêt de communauté (4). Elle n'éteint pas l'usufruit, elle l'achète pour elle, comme elle pourrait acheter un usufruit sur l'immeuble d'un étranger. En se plaçant à ce point de vue, l'usufruit acheté au cours de la communauté à l'aide de deniers sortis de la caisse commune, doit être considéré comme subsistant à la dissolution de la communauté jusqu'à la mort de l'usufruitier. Il doit figurer dans le partage des biens communs à côté

(1) V. *supra*, I, n. 315.

(2) Pothier, *Communauté*, n. 639 ; V. cep. *in fine*, un droit d'option.

(3) Duranton, *op. cit.*, XIV, n. 371 ; Odier, *op. cit.*, I, n. 3345 ; Troplong, *op. cit.*, I, n. 504, 505.

(4) Civ. cass , 16 juill. 1845, S., 45. 1. 721, D., 45. 1. 321.— Rouen, 1er juill. 1841, S., 41. 2. 491, D., 42. 2. 130. — Proudhon, *De l'usufruit*, n. 2681 ; Bugnet sur Pothier, *Communauté*, n. 639 en note ; Rodière et Pont, *op. cit.*, I, n. 511 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 507, texte et note 44, p. 295 ; Laurent, *op. cit.*, XXI, n. 260 ; Guillouard,, *op. cit.*, I, n. 424.

des autres conquêts. Si la communauté était une personne morale distincte de la personne des époux, cette opinion s'imposerait en principe. Mais la communauté n'étant pas une personne morale (1), les partisans de la doctrine jadis enseignée par Pothier prétendent que le rachat d'un usufruit grevant le bien propre de l'un des époux dôit être difficilement considéré comme aboutissant à cette situation que le conjoint, propriétaire du bien, aurait un droit d'usufruit sur la moitié de son propre bien. Considérant le rachat de l'usufruit comme éteignant cet usufruit par confusion, ils admettent dans notre hypothèse une récompense.

Comment la calculer ? Il semble, à ce point de vue, que le taux de la récompense doive être le même que dans le cas de rachat de services fonciers. On conçoit, toutefois, un mode de calcul différent. Il faut, peut-on soutenir, retrancher du prix que la communauté a payé une somme représentant les revenus que cette communauté a retirés de l'usufruit pendant qu'elle durait, sauf à permettre au conjoint usufruitier d'abandonner à la communauté le droit d'usufruit racheté

851. *c. Récompenses dues à la communauté, soit en raison de la création de rentes viagères ou de contrats d'assurances sur la vie, soit en raison de la transformation de rentes viagères ou de droits viagers en droits perpétuels, fonds ou capitaux.* — La transformation d'un droit viager propre à l'un des époux, — rente viagère ou usufruit, — en droit perpétuel, — fonds ou capitaux, — doit donner lieu à une récompense au profit de la communauté d'après les mêmes principes, — quant à l'existence et à la fixation du taux de cette récompense, — que lorsqu'il s'agit, dans l'hypothèse inverse, d'indemniser l'époux dont le droit perpétuel a été transformé en droit viager (2). Ici, c'est la communauté qui est appauvrie par un acte qui enrichit l'un des conjoints en augmentant le patrimoine propre de ce dernier.

L'époux devra récompense à la communauté de tout ce

(1) V. *supra*, I, n. 249-250.
(2) V. *supra*, I, n. 815, 824.

dont la rente ou le produit de l'usufruit excédait le revenu du droit perpétuel (1).

La rente viagère due par un époux lors du mariage donne également lieu, au profit de la communauté, à une récompense, lorsqu'elle est relative à un immeuble propre dont, par exemple, elle constitue le prix (art. 1409-1° *in fine*) (2). Cette récompense sera fixée d'après les mêmes principes, tendant à distinguer, dans les arrérages de la rente, ce qui excède les revenus du bien et représente le capital dont le profit est retiré de la caisse commune par l'époux acquéreur. La communauté aura droit, comme récompense, à la partie d'arrérages dépassant les revenus de l'immeuble acquis.

851 *bis.* Supposons, enfin, une rente viagère constituée pendant la communauté sur la tête et au profit de l'un des conjoints, ou bien au profit des deux époux avec clause de réversibilité sur la tête du survivant.

Nous savons que l'on admet volontiers aujourd'hui qu'un époux obtienne ainsi, — du moins en cas de rente réversible, — une rente viagère qui lui appartient en propre, bien qu'elle soit constituée avec des valeurs communes, bien que le prix en soit payé avec des deniers communs et qu'elle soit une valeur mobilière acquise à titre onéreux au cours de la communauté légale (3).

Mais, en admettant avec la jurisprudence cette solution, quelle va être la récompense due ? Ne faut-il pas dire que l'époux a stipulé un droit propre dont le prix constitue une dette personnelle qui, si elle est soldée à l'aide de fonds communs, donne lieu à une récompense égale à la somme

(1) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 916 s. — Cpr. Planiol, *op. cit.*, III, (2e édit.), n. 1294.

(2) Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 10 mai 1871. S., 71. 2. 136, D., 71. 2. 219, nous présente une curieuse hypothèse d'une rente viagère formant le prix de biens propres acquis pendant le mariage.— V. également Req., 13 juill. 1863, S., 63. 1. 329, D., 63. 1. 393 (note Labbé). — Si la communauté a soldé les arrérages d'une rente viagère stipulée comme charge d'une donation faite en propre à l'un des conjoints, elle a droit à une récompense pour la partie d'arrérages excédant les revenus des biens donnés. — V. J. Nogent-le-Rotrou, 30 déc. 1871, S., 72. 2. 209, D., 73. 3. 48. — Guillouard, *op. cit.*, II, n. 982 ; Vigié, *op. cit.*, III, n. 233 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1525.

(3) V. *supra*, I, n. 280.

prise dans la caisse commune ? Non, cela serait excessif.

Il est certain, d'abord, que l'époux ne doit pas de récompense pour tout le profit par lui retiré de la rente viagère, si ce profit excède les déboursés de la communauté. Celle-ci n'a jamais droit à une somme supérieure à celle qu'elle a versée.

Le doute ne peut naître que sur le point de savoir si elle a droit à un remboursement intégral, lorsque le profit recueilli par l'époux est inférieur à la somme versée. Or, le bénéfice retiré de la rente viagère par l'époux survivant est, en général, inférieur, plus ou moins, au prix sorti de la caisse commune. Cela se conçoit. La communauté ayant plus ou moins longtemps profité du droit viager, a recouvré, on peut le dire, une *partie du capital par elle déboursé, puisque chaque annuité de la rente comprend une fraction du capital d'acquisition de cette rente.*

Un arrêt de la cour de cassation du 16 décembre 1867 (1) nous semble avoir bien dégagé le principe : « Attendu, y lisons-nous, que la femme survivante qui, depuis la dissolution de la communauté, profitait seule de la rente viagère, devait à cette communauté une récompense proportionnelle au bénéfice personnel qu'elle retirait de l'emploi qui avait été fait des deniers communs... ; qu'on objecte vainement que le contrat de constitution de rente n'assure à aucun des époux un avantage exclusif, puisqu'il leur ouvre à tous deux

(1) Req., 16 déc. 1867, S., 68. 1. 118, D., 68.1. 270. — V. égal., Lyon, 6 janv. 1881, S., 84. 2. 146, D., 83. 2. 169. — Civ. cass., 22 oct. 1888, S., 89.1. 15, et sur renvoi, Amiens, 4 avril 1889, S., 89. 2. 164. — Civ. cass., 4 déc. 1894, S., 98. 1. 487. — Le tribunal de Versailles, par jugement du 29 mars 1889, a consacré un autre mode de répartition de la récompense : « Il est à la fois plus simple et plus équitable, dit-il, de considérer que le mari et la femme ont fait en commun une opération aléatoire dans l'intérêt réciproque de chacun d'eux et de dire qu'ils doivent chacun récompense de la moitié de la somme employée et tirée de la communauté. » (*Gaz. Pal.*, 99. 2. 134). Que les risques du contrat aléatoire ne soient pas rejetés intégralement sur la communauté, rien de plus juste. Mais est-il équitable que la succession de l'époux prédécédé paye à la communauté une récompense, alors que tous les arrérages auxquels il a eu droit sont tombés dans la caisse commune, et que, d'autre part, le survivant qui aura la rente en propre, peut-être durant de nombreuses années, ne doive jamais une récompense plus forte que la moitié du prix déboursé ? Il est permis d'en douter.

des chances aléatoires égales ; qu'il résulte du caractère aléatoire du contrat, non qu'il ne procure pas au survivant des deux époux un profit qui lui sera personnel, mais seulement qu'il est incertain quel est celui des deux époux en faveur duquel l'avantage se réalisera... ».

Le chiffre de la récompense doit, en somme, être déterminé par l'estimation de la rente viagère au décès du prémourant des époux, en tenant compte, tout à la fois, du capital à l'aide duquel la rente a été constituée et de l'âge du survivant (1) ; peut-être faut-il ajouter, en tenant compte aussi de son état de santé. Mais il ne convient pas de calculer le montant de la récompense d'après les tarifs des compagnies d'assurances sur la vie (2).

(1) Rapp. Guillouard, *op. cit.*, I, n. 377 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 122 à 124. — Cpr Planiol, *op. cit.*, III (2e édit.), n. 1321, s. — La détermination de la valeur à attribuer à la rente viagère lors de la dissolution de la communauté est facile dans l'hypothèse du décès de l'époux survivant avant la liquidation et le règlement des reprises. On connaît alors le chiffre exact du total des arrérages perçus par ledit conjoint depuis que la communauté est dissoute. V. Civ. cass., 4 déc. 1894, S., 98. 1. 487. La Cour suprême condamne spécialement une déduction imaginée dans l'arrêt attaqué. Elle consistait à retrancher du montant total des arrérages perçus par le survivant le total des revenus que le bien aliéné aurait produits et que, en l'espèce, le conjoint survivant aurait perçus à titre d'usufruitier de la part de son époux dans la communauté. La Cour de cassation objecte avec raison qu'une telle déduction ferait double emploi avec les droits de l'époux sur la récompense acquise à la communauté, récompense dont le conjoint survivant profite, d'abord pour une moitié en pleine propriété en sa qualité de copropriétaire du fonds commun, ensuite comme usufruitier, en l'espèce, de l'autre moitié de la communauté.

(2) V. Caen, 12 mars 1874, S., 74. 2. 310. J. Seine, 25 fév. 1903, *Gaz. Pal.* 1903-1, table, v° *Communauté*, n. 17. — Par un arrêt du 6 nov. 1903 (*Gaz. Trib.* 19 janv. 1904.-2. 169, note Maurice Coquelin, la Cour de Paris adopte un autre mode de calcul emprunté à un article remarquable de M. A. Dubois chef du contentieux de la Compagnie d'assurances générales (*Rép. pér. enreg.*, 1878, art. 4967, p. 393 s.). Pour elle, la récompense due à la communauté par l'époux survivant doit s'apprécier au moment même du contrat d'assurance, et non à la dissolution de la communauté. Elle est du montant du prix payé pour obtenir la réversibilité de la rente sur la tête du conjoint survivant. Ce prix est facile à déterminer quand les époux ont traité avec une compagnie d'assurances dont il suffit alors de consulter les tarifs. Il est obtenu en déduisant de la totalité des sommes versées, celle qui correspond au service de la rente pendant la communauté : l'excédent est le prix de la réversibilité. — Ce système est très séduisant au premier aspect. Il consiste à ne pas tenir plus de compte de l'aléa que ne le font les Compagnies elles-mêmes, protégées contre lui par les moyennes résultant

En tout cas, il n'y aurait pas lieu au paiement d'une récompense à la communauté, si le prémourant en avait exonéré, soit expressément, soit tacitement, le survivant des époux (1).

852. Les rentes viagères de la caisse des retraites pour la vieillesse obtenues à l'aide de versements effectués par l'un ou l'autre époux, bien qu'elles soient le plus souvent acquises à l'aide des deniers de la communauté, sont certainement, d'après la loi, propres à chacun des conjoints.

Aussi l'époux crédi-rentier survivant qui, après le décès de son conjoint, continue à jouir de sa part dans une rente, originairement créée sur la tête des deux époux et séparément, n'a-t-il pas le droit de se plaindre si, lors de la liquidation de la communauté, il lui est réclamé une récompense sur le pied de la valeur de la rente viagère au moment où la communauté prend fin (2).

Mais faut-il aller plus loin ? Le tribunal de la Seine, dans un jugement du 29 mai 1888 (3), a décidé que les héritiers

de la multiplicité de leurs opérations, pour chacune des catégories d'assurés classés d'après leur âge, (les personnes trop débiles étant, d'ailleurs, préalablement écartées à la suite d'une visite médicale).— Pourrait-on raisonner de même quand la rente a été établie entre particuliers? Ici, n'a-t-il pas été tenu compte de l'état de santé de l'assuré et non pas seulement de son âge? Aussi, le très ingénieux auteur de l'article précité termine-t-il sur cette seconde hypothèse en réservant « tous autres moyens d'appréciation. » — Et même, quand il s'agit d'une rente viagère obtenue d'une Compagnie d'assurances, est-il équitable d'appliquer le commencement de l'article 1437 et non la fin, en considérant qu'il s'agit d'une dette, sous condition suspensive, payée d'avance par la communauté en l'acquit du survivant, et dont celui-ci devrait, dans tous les cas, le remboursement intégral? Nous persistons à croire que le survivant, s'il n'est pas tenu au delà des déboursés de la communauté, ne doit récompense que du profit que lui procure effectivement la réversibilité. C'est ainsi que l'on raisonne, lorsque le survivant est à son tour décédé avant la liquidation, peut-être quelques jours seulement après son conjoint. Ne serait-il pas exorbitant que sa succession dût à la communauté récompense de la totalité du prix de la réversibilité? — Dans le cas où le survivant existe lors de la liquidation, il est juste de fixer le chiffre de la récompense d'après le profit qu'il semble, d'après tous les éléments d'appréciation alors connus, devoir retirer de la réversibilité.

(1) V. Paris, 14 fév. 1867, S., 67. 2. 359. — Civ. rej., 24 janv. 1894, D., 94. 1. 337, note Planiol, S., 94. 1. 288 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1585-1586.

(2) J. Meaux, 2 fév. 1870, S., 71. 2. 101,

(3) J. Seine, 29 mai 1888, S., 89. 2. 23. — *Contra* J. Meaux, précité.

du conjoint crédi-rentier *prémourant*, — c'était la femme dans l'espèce, — devaient récompense de toutes les sommes versées au nom de ce conjoint à la caisse des retraites par la communauté. Le tribunal en donne cette seule raison, à savoir que les rentes de la caisse des retraites pour la vieillesse sont des valeurs personnelles aux époux; que, par suite, la femme elle-même acquiert ainsi, durant le mariage, une rente à elle propre, et qu'elle est tenue, — elle ou ses héritiers, — à une récompense de toutes les sommes versées en son nom à la caisse des retraites.

Cette argumentation ne nous convainc nullement. Que dit, en effet, l'article 1437? Il dit qu'il est dû récompense à la communauté pour tout profit personnel que l'un des conjoints a tiré des biens communs. Or, à qui est allé le profit de la rente viagère propre à l'époux prémourant? A la communauté qui en a encaissé tous les arrérages à titre de revenus, puisque cette rente a pris fin avec cette communauté elle-même. Il serait donc injuste et contraire au droit d'obliger les héritiers du conjoint prémourant à payer à la communauté une récompense pour la valeur d'une rente qu'ils ne recueillent point (1).

Nous venons de supposer le cas le plus simple, celui où les versements à la caisse des retraites pour la vieillesse ont été faits par l'un des époux ou par tous les deux. Mais on peut prévoir que des versements aient été faits par un tiers, soit donateur, soit maître ou patron de l'un ou des deux conjoints.

En droit, le donateur est libre de disposer au profit de qui bon lui semble (art. 1401-1° *in fine*). Il faudra voir en fait quelles ont été ces intentions. Il a pu verser pour le compte des deux époux (L. 18 juin 1850, art. 4 et 20 juillet 1886, art. 13), ou seulement pour le compte d'un seul des conjoints dans les limites du maximum fixé par la loi (2).

(1) Cpr. Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1589 à 1594; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1589 à 1591.

(2) Rappr. Loi du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels (art. 22 s.).

Le patron, particulier ou compagnie, qui fait des versements pour le compte d'un ouvrier ou d'un employé est-il un donateur ? Le plus souvent, il aura, nous semble-t-il, versé un complément de salaire, tantôt fixe, tantôt variable et constituant le produit d'une participation aux bénéfices établie d'après des règlements. Dans ce dernier cas, le versement est opéré avec des deniers qui appartiennent à la communauté. Ils doivent donc se répartir entre les deux conjoints. Le survivant des époux qui bénéficie de la rente, conformément aux lois sus-indiquées, doit récompense à la masse commune dans la mesure du profit personnel qu'il a tiré des biens communs, ainsi qu'il est dit ci-dessus (1).

853. De leur côté, les assurances sur la vie au profit du survivant des époux font naître, en faveur de la communauté, une récompense analogue à celle qui a pour cause la constitution d'une rente viagère réversible sur la tête du dernier mourant (2). Les sociétés d'assurances sur la vie attribuent, en effet, volontiers au survivant des conjoints, soit une rente viagère, soit un capital exigible immédiatement après le décès du prémourant ou seulement à une époque fixe. Il est convenu, par exemple, qu'un capital de 100,000 francs sera exigible vingt-cinq ans après le paiement de la première prime d'assurances. Mais le décès de l'assuré met fin au paiement des primes, même dans ce dernier cas.

Ceci posé, le bénéfice de la rente viagère ou du capital assuré étant attribué à l'époux survivant, quelle récompense devra cet époux lors de la dissolution de la communauté (3)? Nous dirons que cette récompense ne doit pas dépasser les sommes déboursées par la communauté quel que soit le profit retiré par l'époux survivant. Si la communauté n'a payé

(1) Cpr. *Rép. périod. de l'enreg.*, 1900, p. 374 s., art. 9812, une *Solution* du 22 fév. 1900 dans une espèce où il s'agissait de versements effectués par la compagnie d'Orléans. — J. Libourne du 15 mai 1897, *J. Enreg.*, art. 25.384.

(2) V. *supra*, I, n. 283.

(3) V. et cpr. Nancy, 31 janv. 1882, S., 83. 2. 35, D., 82. 2. 174. — J. Charleroi, 9 mai 1874; J. Meaux, 8 mars 1877; J. Clermont, 16 mai 1879, cités dans le *Rép. gén.* de Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1537 *sexies*. — V. également Moinard, *Etude sur le contrat d'assurance sur la vie*, p. 292 s.

que 3,000 francs de primes pour un capital de 100,000 francs exigible de suite, l'époux ne devra donc indemniser la communauté que jusqu'à concurrence de 3,000 francs (1). Mais, d'autre part, si, par extraordinaire, le total des primes se trouvait supérieur à l'émolument procuré par l'assurance au survivant, celui-ci ne devrait récompense que jusqu'à concurrence du profit retiré (art. 1437).

On conteste, toutefois, le droit à une récompense au profit de la communauté dans l'hypothèse où l'assurance a été contractée dans l'intérêt de la femme. Il résulte, dit-on (2), de l'article 1422 que le mari peut disposer des effets mobiliers de la communauté à titre gratuit et particulier au profit de toutes personnes à la condition de ne pas s'en réserver l'usufruit. De là il suit que l'époux ayant disposé des primes au profit de sa femme, ces primes ne doivent pas être restituées par l'épouse, à moins de supposer la libéralité faite en fraude des droits des héritiers ou des créanciers. D'ailleurs, la loi n'impose pas de récompense à la femme dans notre ordre d'idées. L'obliger à en payer une serait violer l'intention des parties (3).

Suivant d'autres interprètes, il y aurait lieu de distinguer selon que les primes ont été payées avec les capitaux de la

(1) Si une partie des primes a été remboursée sous forme de participation aux bénéfices de la Compagnie d'assurances, la récompense se trouve diminuée d'autant. V. Amiens, 18 mai 1897, S. 1901. 2. 12.

(2) V. et cpr. Couteau, *Tr. des assur. sur la vie*, II, p. 597 et 598; Herbault, *Tr. des assur. sur la vie*, p. 243 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 1015 ; Wahl, *Rév. trim. de dr. civil*, I. 1902, p. 68 s., spécial, p. 71.

(3) Il résulte, notamment, d'un arrêt de la cour de Douai du 31 janv. 1876, S., 77. 2. 33, D., 76. 2. 121, que le survivant des époux ayant un droit exclusif au capital assuré, la femme survivante a droit à ce capital, même au cas de renonciation de sa part à la communauté. L'époux survivant ne doit pas de récompense pour le montant des primes payées par la caisse de la communauté. — De même la Cour de Paris, dans l'hypothèse où un mari avait stipulé d'une compagnie d'assurances le paiement, à son décès, d'une somme déterminée au profit de sa femme, déclare qu'il y a là une stipulation pour autrui faisant acquérir à la femme le bénéfice de l'assurance à titre de libéralité dont le montant doit être réuni à la masse de la succession du mari pour calculer la quotité disponible et la réserve. Mais l'épouse n'a point à tenir compte, à titre de récompense au profit de la communauté, des primes payées pendant la vie commune par le mari. — V. Paris, 5 mars 1886, S., 88. 2. 227. — Rapp. Civ. cass., 29 juin 1896, S., 96. 1. 361 (note).

communauté ou avec les revenus, la récompense n'étant pas due dans ce dernier cas (1).

Quant à nous, nous répudions toutes ces distinctions. Elles nous semblent incompatibles avec l'article 1437, exigeant qu'une récompense soit payée dans tous les cas où la communauté a fait un déboursé dont l'un des époux a tiré un profit personnel, peu importe que l'assurance ait été contractée dans l'intérêt du survivant des conjoints, ou dans celui de tel époux et de ses héritiers. La femme, dans l'intérêt de laquelle l'assurance a été contractée par son mari, devra, notamment, une récompense à la communauté dans les termes où nous l'avons fixée, à moins cependant d'en avoir été dispensée expressément ou tacitement (2).

Signalons, enfin, que le mari ayant contracté une assurance sur la vie, non à son profit ni à celui de l'épouse, mais dans l'intérêt de ses propres créanciers, devrait, à raison des primes payées par la caisse commune et jusqu'à concurrence du montant de ces primes, une récompense à la communauté, cette dernière ayant versé pour payer une dette dont le mari était tenu personnellement. Ceci n'est vrai, bien entendu, que des dettes de l'époux qui ne sont pas en même temps des dettes de la communauté (3).

854. *d. Causes de récompenses diverses n'ayant pas trouvé place dans les explications précédentes.* — D'après l'article 1437 *in fine* : la communauté a droit à une récompense, « *généralement toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté.* » Nous rattacherons à cette dernière partie du texte les hypothèses qui n'ont pas pu entrer dans les trois groupes que nous venons de parcourir.

855. Le mari, supposons-le, est titulaire d'un office dont la valeur pécuniaire tombe dans la communauté légale

(1) De Caqueray, *Rev. prat.*, XVI, p. 201.

(2) Nancy, 31 janv. 1882, S., 83. 2. 35, D., 82. 2. 174. — Bourges, 7 mai 1888, S., 85. 2. 16. — Cpr. Balleydier et Capitant, *Livre du centenaire du code civil*, I, p. 557 s.

(3) V. Guillouard, *op. cit.*, II, n. 1016 ; Goujet, Merger et Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, v° *Assurance sur la vie*, n. 104.— Sur toutes

comme valeur mobilière acquise avant ou pendant la communauté (1). L'époux titulaire de l'office est en droit de le garder s'il survit à la dissolution de cette communauté. Seulement, il doit verser à la masse commune une indemnité égale à la valeur de l'office au moment où la communauté se dissout (2).

Les tribunaux ont fait une intéressante application de ce principe dans une hypothèse où le mari avait encouru plus tard la destitution. Il a été jugé que ce mari devait à la masse commune une récompense de toute la valeur de l'office à la dissolution de la communauté, et ne pouvait point faire réduire cette récompense à une somme égale à celle que le gouvernement avait mise à la charge de son successeur (3).

856. Dans un autre ordre d'idées, la femme devra une récompense à la masse commune à raison de la provision qu'elle a obtenue au cours d'une instance en séparation de corps ou en divorce pour faire face à ses dépenses personnelles et aux frais du procès, si, par le gain de son procès, elle a obtenu de toucher des revenus lui suffisant pour ses dépenses personnelles et si son mari a été condamné aux dépens de l'instance (4).

857. De son côté, le mari doit une récompense à la communauté, récompense basée sur le préjudice qu'il a causé, s'il a accompli des actes tendant à lui procurer un avantage au détriment des droits de la communauté ou simplement à faire fraude aux droits de la femme. Il a consenti, par exemple, une vente à prix réduit d'un bien commun pour avantager un de ses proches parents en prévision de la dissolution prochaine de la communauté. Le montant de la récompense sera déterminé, dans cette hypothèse et dans les cas

ces questions relatives aux récompenses en cas d'assurance sur la vie, voir également Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1587-1538 et *Rép., gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1587-1588.

(1) V. *supra*, I, n. 290.

(2) Vigié, *op. cit.*, III, n. 232 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n, 1574 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1574.

(3) Douai, 20 déc. 1862 et 14 fév. 1863, S., 64. 2. 109.

(4) Caen, 13 avril 1864, S., 64. 2. 205. — V. également Paris, 16 mai 1900, *Gaz. Pal.*, 26 mai 1900. — Cpr. Civ. rej. 7 janv. 1890, S., 93. 1. 405.

analogues, d'après l'étendue du préjudice causé par l'acte frauduleux du mari (1).

858. Nous avons ainsi parcouru les principales hypothèses dans lesquelles la communauté peut être créancière d'une récompense.

La preuve de l'existence du droit à une récompense due par un époux à la masse commune est, selon les principes généraux, à la charge de l'autre conjoint ou de ses héritiers (2).

Il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 1893 (3), que c'est à l'épouse à prouver la fausseté des énonciations des actes produits par le mari pour limiter le chiffre de la récompense qu'il doit, par exemple à raison du prix d'un office dont il aura payé une partie avant son mariage ainsi qu'il l'a affirmé au contrat de mariage et que le créancier de ce prix l'a aussi affirmé dans la quittance pour solde.

Mais c'est au mari, ou à ses héritiers à justifier du chiffre des dépenses qui auraient été effectuées au cours de la communauté (4).

859. Quand nous traiterons plus tard, à l'occasion de la liquidation de la communauté, du paiement des récompenses, nous aurons à faire ressortir les différences entre les récompenses dues à la communauté ou par elle, d'une part, et, d'autre part, celles que se doivent mutuellement les conjoints (5).

(1) V. Guillouard, *op. cit.*, II, n. 735 à 740 et 1000 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1575 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1575. — V. *supra*, I, n. 650 *in fine*.

(2) Civ. rej., 7 janv. 1890, S., 93. 1.505, D., 91. 1. 256.— Req.,14 avril 1893, S., 93 1. 416, D., 93, 1. 351. — Req., 29 janvier 1902, D., 1902. 1. 219, S., 1903. 1. 43. – Req., 22 oct. 1902, D., 1902. 1. 515, S., 1903. 1. 117.— Bourges, 19 nov 1900, S., 1901. 2. 39.

(3) Req., 14 avril 1893, S., 93. 1. 416, D., 93. 1. 351.

(4) Civ. rej., 7 janv. 1890, S., 93. 1. 405, D., 91. 1. 256, *Gaz. Pal.* 90. 1. 165. — Req., 29 janvier 1902, D., 1902. 1. 219, S., 1903. 1. 43.

(5) V. *infra*, II, n. 1083 s., 1090 s., 1105 s. et 1175 s.

§ III. *Récompenses dues par suite de donations quelconques faites et de dots constituées par l'un ou l'autre époux séparément, ou conjointement par les deux époux, à des descendants.*

860. Nous avons parcouru la liste des principaux cas dans lesquels il y a lieu à récompense. Il n'est pas inutile de faire l'application des principes par nous dégagés, spécialement à la constitution de dot consentie par les époux ou par l'un d'eux à leurs descendants.

En principe, et sous réserve des explications qui vont suivre, pour savoir quel époux est donateur, dans quelle mesure il est donateur, — et par suite quelle est l'étendue de la récompense à sa charge, s'il en doit une, — il faut s'en référer à l'intention des disposants (1).

861. Le moment nous paraît venu de compléter les notions précédemment exposées en traitant de la dot en général (2).

Les constitutions de dot ou libéralités faites à l'une ou à l'autre de deux personnes sur le point de contracter mariage, peuvent émaner d'époux mariés sous le régime de la communauté.

Alors s'élève la question de savoir lequel des trois patrimoines doit, en définitive, supporter cette libéralité. Comme nous l'avons constaté déjà, il ne s'agit guère là que d'une question d'interprétation de volonté. Toutefois, il vient s'y ajouter cet autre principe, à savoir que les parents, s'ils ne sont plus contraints par une obligation civile de doter leurs enfants, y sont tenus en vertu d'une obligation naturelle. Or, si la constitution de dot est l'acquittement de l'obligation, même naturelle, de l'un des conjoints, elle doit être supportée par ce conjoint. Elle ne doit point, à moins de consentement de l'autre époux, être rejetée sur lui ou sur la communauté. Le conjoint constituant en devra récompense, si l'obligation a été acquittée avec des biens communs ou avec des biens de

(1) V. *supra*, I, n. 673 s.
(2) V. *supra*, I, n. 216 s.

l'autre époux, à moins que ce dernier ne se soit expressément porté donateur.

Le législateur a été ainsi amené à se demander : qui doit finalement supporter la dot. Il a statué sur ce point dans les articles 1438 et 1439, — dont nous allons compléter l'explication, — et en tête du chapitre consacré au régime dotal dans les articles 1544 à 1546 précédemment étudiés (1). La loi, dans ces textes, suppose la dot constituée par le père ou par la mère d'un des futurs conjoints.

862. Il nous reste à traiter, ici, de la récompense à laquelle la dot peut donner lieu sous le régime de la communauté. Dans ce but, il convient de rapprocher l'article 1469 des articles 1438 et 1439 précités.

Ces textes prévoient deux hypothèses générales. Les voici :

1° La dot a été constituée au profit d'un enfant que l'un des époux avait eu d'un précédent mariage (art. 1469) ;

2° La dot a été constituée au profit d'un enfant commun.

Nous allons reprendre séparément chacune de ces deux hypothèses, en élargissant quelque peu leur énoncé.

I. *Donation quelconque et spécialement constitution de dot en faveur d'un enfant d'un autre lit.*

863. Après avoir décidé, dans l'article 1468, que : Les époux ou leurs héritiers rapportent à la masse commune tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté à titre de récompense ou d'indemnité, le législateur, non content de poser cette règle générale, a cru devoir consacrer spécialement aux constitutions de dot l'article 1469. Ce texte est ainsi conçu : « *Chaque époux ou son héritier rapporte « également les sommes qui ont été tirées de la communauté, « ou la valeur des biens que l'époux y a pris pour doter « un enfant d'un autre lit, ou pour doter personnellement « l'enfant commun.* »

Une idée se dégage aussitôt des termes de cet article 1469 : c'est que la constitution de dot a un caractère plus person-

(1) V. *supra*, I, n. 216 s.

nel pour le constituant, lorsqu'il dote un enfant d'un précédent mariage que quand il dote un enfant commun. Aussi comprend-on facilement que, lorsqu'un mari établit avec des biens de la communauté un enfant né du commun mariage, la *dot reste* à la charge de la communauté (art. 1439). Ce n'est pas là détourner les biens communs de leur destination (art. 1409-5° et 1422 al. 1er *in fine*). Le mari, chef de la communauté, est aisément présumé n'avoir pas entendu prendre à sa charge exclusive cette libéralité. Donc, en thèse générale, il ne doit aucune récompense à la masse commune en raison de cette constitution de dot. Au contraire, lorsqu'il dote en effets de la communauté l'enfant qu'il a eu d'un précédent mariage, le mari acquitte une dette à lui personnelle (art. 204). Il en doit récompense à la communauté. Aucune déclaration de sa part, insérée dans l'acte de constitution de dot, ne le déchargerait de cette récompense. Son conjoint pourrait seul le dispenser de la payer, en concourant à l'acte et en prenant à sa charge une partie ou la totalité de la libéralité.

864. D'après l'article 1422 alinéa 2, le mari, comme chef de la communauté, peut disposer à titre gratuit, dans une certaine mesure, des biens communs. Il lui est possible, d'après cet article, de donner des effets mobiliers de la communauté, à titre gratuit et particulier, *au profit de toutes personnes*, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit (1). Lorsque le mari consent une libéralité de cette nature, il n'est tenu, en principe, d'aucune récompense ou indemnité vis-à-vis de la communauté (2). Comment alors concilier cette règle avec celle de l'article 1469 déclarant tenu d'une récompense l'époux qui a pris des biens dans la communauté pour doter un enfant d'un autre lit ou pour doter personnellement un enfant commun ? (3). Quelle est l'étendue d'application de chacune d'elles ?

(1) V. *supra*, I, n. 660, 662, 663.

(2) Req., 30 avr. 1862, S., 62. 1. 1036. — Civ. rej., 7 déc. 1898, D., 98. 1. 97, note Planiol, S., 1900. 1. 129, note Ferron. — Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 885 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et note 8, p. 327.

(3) Cpr. Req., 11 nov. 1902, D., 1902. 1. 573.

Une brillante discussion s'est élevée à ce sujet.

Un arrêt de rejet émané de la Chambre civile de la Cour de cassation, le 23 juin 1869 (1), avait paru interpréter l'article 1469, en ce sens que le mari, qui serait tenu au paiement d'une récompense s'il dotait son enfant d'un autre lit avec des biens communs, en serait dispensé s'il faisait à ce même enfant, déjà doté et marié, de simples libéralités dans les limites tracées par l'article 1422.

Beudant combattit cette thèse dans le Recueil de Dalloz (2). Puis, Demangeat, adoptant la doctrine de son ancien collègue de la Faculté de droit de Paris, la fit consacrer par la chambre des requêtes de la cour suprême, le 14 avril 1886 (3).

Beudant invoque à l'appui de sa manière de voir la tradition historique. Jadis, les pouvoirs du mari allaient jusqu'à lui permettre de disposer des biens communs à titre gratuit tant que les libéralités par lui faites n'étaient pas accomplies en fraude des droits de la femme, et l'on décidait qu'il y avait fraude toutes les fois qu'il s'agissait, de la part du mari, de s'enrichir ou d'enrichir ses hoirs (4). De nos jours, l'article 1422 est venu préciser, dans l'application pratique, les règles de l'ancienne jurisprudence (5). Le texte prohibe, en principe, les donations de biens communs. Mais celles de ces donations qui, par exception, sont permises, ne sauraient aboutir au droit, pour le mari, d'avantager les siens sans être tenu de payer une récompense, dès qu'il a tiré un profit personnel des biens communs compris dans la libéralité. Si l'on objecte que l'article 1469, n'imposant à l'époux le paiement d'une récompense que pour les sommes tirées de la communauté ou pour la valeur des biens communs pris pour doter un enfant d'un autre lit, n'entend ainsi viser que la *libéralité faite en vue d'un établissement par mariage*, Beudant répond que le mot *dot* a souvent une significa-

(1) Civ. rej., 23 juin 1869, S., 69. 1. 358, D., 70. 1. 5.
(2) D., 70. 1. 5.
(3) Req., 14 avr. 1836, S., 86. 1. 289, D.. 87. 1. 167.
(4) Pothier, *Communauté*, n. 481 et *Introd. à la Cout. d'Orléans*, n. 130.
(5) V. *supra*, I, n. 638 s.

tion plus large. Souvent il est synonyme d'*établissement* par mariage ou autrement (1).

Dès lors une récompense serait due à raison des dépenses faites, par exemple, pour l'achat d'un fonds de commerce ou d'un immeuble au profit de l'enfant d'un premier lit, afin de lui permettre d'exercer sa profession (2).

Sans doute, sous le régime dotal, la dot inaliénable de l'épouse ne peut pas être augmentée pendant le mariage. Mais, peut-on faire remarquer, il n'en est pas ainsi de la dot en entendant cette expression *lato sensu*, dot pouvant être constituée aussi bien au profit de l'époux qu'au profit de l'épouse. Cette dernière dot peut se grossir par de nouvelles libéralités faites au cours du mariage. Ne dit-on pas volontiers, à l'occasion, qu'un père, deux ou trois ans, par exemple, après la célébration du mariage de son fils, a doublé la dot de ce dernier? Et la dot proprement dite de la femme peut, elle-même, être augmentée pendant le mariage sous tout autre régime que le régime dotal (3).

En tout cas, à supposer même que le mot *dot*, dans l'article 1469, doive s'entendre exclusivement, comme nous le pensons, de la libéralité faite en vue d'un établissement par mariage (4), l'article 1469 vient simplement décider que, en cas de constitution de dot au profit de l'enfant d'un premier lit, l'époux constituant devra toujours une récompense. Mais il ne faut pas argumenter *a contrario* de cet article 1469. Ce texte n'exclut nullement l'application possible du principe général formulé par l'article 1437, imposant une récompense à l'époux toutes les fois qu'il est *prouvé* qu'il a tiré un profit personnel des biens de la communauté (5).

(1) V. dans le même sens une note non signée dans Sirey, 1886. 1. 289.

(2) Mais il va de soi qu'une récompense ne serait pas due pour les présents d'usage faits à l'enfant du premier lit par l'époux. V. Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, § 642, note 10, p. 90; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 885; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 723; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1284 et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1284.

(3) V. à ce sujet la note publiée dans Sirey, 1886. 1. 289.

(4) V. Guillouard, *op. cit.*, II, n. 722; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1287, et *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1287.

(5) Cpr. Beudant, note sous Civ. rej., 23 juin 1869, D., 70. 1. 5; Ferron, note

Concluons. Toutes les fois que l'un des époux, et spécialement le mari, aura disposé, à titre de constitution de dot, en vue d'un établissement par mariage, d'effets de la communauté au profit d'un enfant issu d'un mariage précédent, il devra de ce chef une récompense, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'enrichissement de l'époux constituant au préjudice de la communauté. Cet époux ayant fait, dans les termes de l'article **1469**, une libéralité en exécution de ses devoirs de famille, a payé une dette naturelle dont il doit toujours récompense. Dans les autres hypothèses, soit qu'il s'agisse d'une libéralité adressée à l'enfant d'un premier lit au cours de son mariage, soit qu'il s'agisse d'une libéralité faite à un autre qu'à lui, le mari, auteur de cette libéralité, ne devra une récompense, conformément à l'article **1437**, que s'il est prouvé qu'il a tiré un enrichissement, un profit des biens communs. Si cette preuve n'est pas faite, la récompense ne sera pas due (1).

Telle serait notre manière de voir sur cette question délicate (2).

II. *Donation en faveur des enfants communs.*

865. L'article **1469** formule sommairement le principe qui concerne les constitutions de dot au profit des enfants communs. Il indique que l'époux doit une récompense s'il a entendu « *doter personnellement l'enfant commun* ».

Les articles **1438** et **1439** traitent la question avec plus de détails. Ayant déjà parlé précédemment de l'*obligation* qui naît de la constitution de dot à la charge du consti-

sous Civ. rej., 7 septembre 1898, S., 1900. 1. 129, et Planiol, note dans D., 98. 1. 97. et *op. cit.*, III, 2e édit., n. 1291.

(1) Req., 18 mars 1862, S., 62. 1. 869. — Req., 30 avril 1868, D., 68. 1. 522. — Cpr. Req., 11 nov. 1902, D., 1902. 1. 573, S., 1905. 1. 38 (don manuel, par le mari seul, d'un titre de rente appartenant à la communauté).

(2) V. et cpr. Beudant, note dans Dalloz, 70. 1. 5; Ferron. note dans S., 1900. 1. 129 ; Planiol, note dans Dalloz, 98. 1. 97. — Labbé, *Rev. crit.*, 1887, p. 433 s. ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 720 à 722 ; Mérignhac, *op. cit.*, I, n. 1277 à 1290 ; *Rép. gén.* Fuzier-Herman, v° *Communauté*, n. 1277 à 1290.

tuant (1), nous n'avons plus guère à nous occuper ici que de la *contribution* ou répartition définitive de la charge de cette libéralité entre les époux.

Du reste, nos explications comprendront aussi bien la dot constituée en corps certains que la dot promise en argent.

Nous allons supposer, tour à tour, la dot constituée par le père seul, puis par les père et mère et, enfin, par la femme seule.

866. a. *Dot constituée à l'enfant commun par le père seul.* — L'article 1439 prévoyant cette hypothèse, est ainsi conçu : « *La dot constituée par le mari seul à l'enfant commun en effets de la communauté, est à la charge de la communauté ; et, dans le cas où la communauté est acceptée par la femme, celle-ci doit supporter la moitié de la dot à moins que le mari n'ait déclaré expressément qu'il s'en chargeait pour le tout ou pour une portion plus forte que la moitié.* »

Il résulte de ce texte que la femme ne contribuera à la dot que comme commune en biens et si elle accepte la communauté (2). Elle trouvera l'actif commun diminué ou le passif augmenté.

Quant au mari, il ne doit pas de récompense à la communauté, s'il ne s'y est pas obligé. Précisons :

En supposant que le mari ait constitué la dot en effets de la communauté, ou se soit obligé à doter l'enfant commun en choses fongibles, il ne doit payer une récompense à la communauté que s'il a déclaré entendre doter personnellement.

Mais il peut arriver que le mari ait doté avec des biens à lui propres, avec des corps certains dont il est propriétaire. Dans ce cas, s'il n'a pas donné ses biens en paiement d'une dot *promise* au nom de la communauté, le mari constituant n'a pas droit à une récompense.

867. b. *Dot constituée à l'enfant commun par les père et mère.* — Cette hypothèse est réglée en ces termes par l'ar-

(1) V. *supra*, I, n. 218 et 221.

(2) Civ. cass, 22 déc. 1830, S., 31. 1. 321, D., 31. 1. 156; Guillouard, *op. cit.*, 1, n. 150.

ticle 1438 : « *Si le père et la mère ont doté conjointement « l'enfant commun, sans exprimer la portion pour laquelle « ils entendaient y contribuer, ils sont censés avoir doté cha- « cun pour moitié, soit que la dot ait été fournie ou promise « en effets de la communauté, soit qu'elle l'ait été en biens « personnels à l'un des deux époux. Au second cas, l'époux « dont l'immeuble ou l'effet personnel a été constitué en dot, « a, sur les biens de l'autre, une action en indemnité pour « la moitie de ladite dot, eu égard à la valeur de l'effet « donné au temps de la donation.* »

Le texte distingue donc deux cas. Ou bien l'acte de donation indique la part pour laquelle la dot est mise à la charge de l'un ou de l'autre époux, et il faut suivre ce règlement susceptible de varier de bien des façons. Ou l'acte de constitution de dot est muet sur la fixation de la part de chacun des donateurs, et alors le législateur décide que la dot est pour une moitié à la charge de chacun d'eux (1).

868. 1° Insistons d'abord, comme le code civil, sur cette dernière hypothèse. C'est la plus simple. Nous supposons que deux époux, mariés sous le régime de la communauté, ont figuré au contrat de mariage de leur enfant commun et lui ont constitué une dot sans préciser la part de chacun d'eux (2).

Que la dot ait été constituée en biens communs ou en biens propres, soit du mari, soit de la femme, peu importe: cela est sans influence sur la contribution des deux époux à la charge de cette dot. Les époux sont censés avoir doté chacun pour moitié. En effet, lorsque deux personnes s'obligent conjointement, c'est pour moitié que l'obligation incombe à chacun des débiteurs (3). Il faudrait une clause spéciale pour modifier cette contribution. Or, nous supposons que cette clause n'existe point.

Si les deux donateurs se sont obligés conjointement au

(1) V. *supra*, I, n. 219.

(2) Le texte est applicable aux libéralités faites en vue d'un établissement par mariage ou autrement: Req. 10 fév. 1896. S. 1900.1. 511. — Civ. Cass., 29 juillet 1897. D. 1900. 1. 582. S. 1901. 1. 446.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et note 15.

paiement d'une dot de choses fongibles, la femme ne pourra être poursuivie sur ses biens personnels que pour la moitié de la dette, tandis qu'elle pourrait être poursuivie pour la totalité, si elle s'était obligée solidairement. La renonciation de l'épouse à la communauté n'apporterait aucune modification à ces règles (arg. art. 1494). En outre, l'enfant doté pourra poursuivre le recouvrement intégral de sa dot sur les biens du mari et sur les biens communs, puisque la communauté est tenue de l'obligation du mari d'après l'article 1409-2° et de celle de la femme en vertu du même texte et de l'article 1419. D'où il suit que le mari peut être poursuivi, lui aussi, pour la totalité sur ses biens personnels; car toute dette de la communauté tant que celle-ci n'est pas dissoute, est dette du mari (1) (art. 1419). Il en résulte une cause de récompense, soit au profit de la communauté ayant soldé une dette qui incombait pour moitié personnellement à chacun des conjoints, soit au profit de celui des époux qui, ayant versé plus de la moitié de la dot, a payé, en l'acquit de l'autre époux, tout l'excédent de cette moitié. Dans le premier cas, la récompense est due par un conjoint à la communauté; dans le second, il s'agit d'une récompense directe d'époux à époux.

Quand la dot sera constituée en corps certains, il y aura lieu le plus souvent à récompense alors même que les deux époux, auteurs de cette constitution de dot en faveur de leur enfant, ne l'auront consentie que conjointement. Les corps certains constitués en dot seront rarement, en effet, des biens propres exactement pour une moitié à chacun des deux époux. Tantôt ils appartiendront inégalement aux deux donateurs: une dot de 50.000 francs comprendra, par exemple, 30.000 francs de biens propres de la femme et 20.000 francs seulement de biens propres du mari. Tantôt les biens donnés seront pour le tout la propriété d'un seul

(1) Cpr ci-dessus, I, n. 218, 221 et 610. — *Adde*, Dijon, 9 août 1893, S., 94.2. 12, D., 94. 2. 575. Dans cette dernière espèce, les père et mère s'étaient obligés *solidairement* au paiement de la dot. Il va sans dire qu'en ce cas, l'enfant doté ayant action pour le tout contre chacun de ses auteurs, les règles de répartition ci-dessus exposés ne régissent que les rapports des donateurs entre eux.

des époux. D'autres fois, enfin, lesdits biens seront, en totalité ou en partie, des biens communs.

Or, même dans ce dernier cas, à moins de déclaration contraire, la dot constituée dans les termes que nous supposons n'est point à la charge de la masse commune. Elle doit être supportée pour moitié par chacun des conjoints, alors même que la femme ou ses héritiers renonceraient à la communauté (1).

Tout ce que cette communauté aura procuré, soit en choses fongibles, soit en corps certains, donne lieu à une récompense pour moitié à la charge de chaque époux (2).

Lorsque l'un des conjoints a fourni en corps certains, meubles ou immeubles à lui propres, plus de la moitié de la dot, cette dernière devant être supportée pour moitié par chacun des donateurs, ce conjoint a droit directement contre l'autre à une récompense pour tout ce qui excède sa moitié (3).

Dans tous les cas, le montant de la récompense est fixé à l'aide d'une estimation. Ce montant est de toute la valeur fournie au delà de sa portion par l'époux créancier de cette récompense ou de toute la valeur sortie de la communauté.

Ainsi est réglée l'hypothèse dans laquelle deux époux communs en biens ont figuré au contrat de mariage de leur enfant et lui ont constitué une dot sans préciser la part pour laquelle chacun d'eux doit contribuer à son paiement.

868 *bis*. 2° Les donateurs, — et c'est la deuxième hypothèse qui sollicite un examen, — ont pu, dans l'acte de constitution de dot, modifier la répartition par moitié, écrite dans l'article 1438, ou écarter absolument cette répartition. Les clauses de ce genre doivent être scrupuleusement observées, car il s'agit de conventions qui, ne mettant en jeu que des intérêts privés, sont absolument licites et libres.

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et note 15.

(2) Amiens, 10 avril 1861, S., 61.2.413, D., 61.2.102. Il résulte de cette décision judiciaire que la récompense due à la communauté à raison de la dot constituée en effets de cette communauté conjointement par les époux au profit d'un enfant commun, doit s'effectuer, pour chacun des deux conjoints, en rapportant la moitié de la dette à sa charge. On ne peut pas prétendre qu'il y a eu compensation, et, par suite, libération réciproque.

(3) Civ. cass., 29 juill. 1897, S., 1901. 1. 446, D.. 1900. 1. 582.

Tantôt les époux donateurs auront stipulé que la dot sera prélevée sur les biens communs en totalité ou pour partie. Tantôt l'un des époux aura pris à sa charge une part plus forte que la moitié de la dot : les deux tiers, peut-être les trois quarts. Parfois, chacun des époux donnera des biens à lui propres, sans se préoccuper du point de savoir s'il donne plus ou moins que son époux. Ce point spécial doit être distingué de celui où les époux dotent en commun conjointement ou solidairement. En effet, dans notre hypothèse, chacun dotant séparément, nous rencontrons, en fait, deux constitutions de dot juxtaposées. Elles sont distinctes l'une de l'autre, et chacune d'elles est l'œuvre d'un seul époux.

De même, lorsque, malgré la présence ou même l'obligation des deux époux, il est stipulé, dans l'acte portant constitution de dot, que cette somme sera supportée par un seul d'entre eux, nous sommes, quant à la contribution, ramenés finalement au même résultat que si l'un des deux conjoints seulement avait constitué la dot. Mais l'obligation diffère et donne lieu à des recours ou récompenses entre époux ou bien entre l'un des époux et la communauté.

Nous ne pouvons pas avoir la prétention d'énumérer, ici, toutes les combinaisons possibles. La série en peut être variée à l'infini.

Nous insisterons sur une seule stipulation, fort usitée et d'une importance scientifique exceptionnelle. Nous en avons déjà parlé en traitant de la théorie générale des constitutions de dot (1). Nous faisons allusion à la clause qui déclare la dot imputable sur la succession du premier mourant des époux qui l'ont constituée. Cette combinaison est à l'avantage du survivant, dont la situation déjà atteinte par la disparition de son conjoint, ne sera pas, en même temps, amoindrie par la charge de la constitution de dot. De son côté, l'enfant donataire ne peut pas se plaindre ; sa dot est intacte. Il en est ainsi, du moins quand, dans l'acte de constitution, il est stipulé que le complément de la dot sera fourni par le survivant, si la succession du donateur prémourant, ou plutôt

(1) V. *supra*, I, n. 220-221.

si la part héréditaire de l'enfant doté ne suffit pas pour lui assurer sa dot tout entière.

L'enfant donataire subira, il est vrai, une certaine réduction de la dot promise, s'il a été convenu qu'il n'aura pas de recours contre le donateur survivant pour combler le déficit, en cas d'insuffisance de sa part héréditaire dans la succession du prémourant. Mais ce résultat n'a rien qui blesse l'équité, puisqu'il a été expressément convenu qu'entre deux intérêts opposés, — celui de l'enfant doté demandant que sa dot soit complétée, et celui du donateur survivant ayant d'avance annoncé qu'il ne s'engage pas à fournir ce supplément, — c'est l'intérêt de l'ascendant qui doit l'emporter (1).

Mais que faut-il décider si, dans l'acte constitutif de la dot, cette insuffisance de la succession du prémourant n'a pas été prévue ? Dans le doute, allons-nous considérer le survivant comme obligé à compléter la dot ? Non. La clause qui met la dot à la charge de la succession du prémourant et la déclare imputable sur cette succession sans rien ajouter de plus, n'impose au survivant des époux la charge de supporter aucune partie de cette dot. Nous considérons, en effet, que les deux époux donateurs, tant qu'ils existent tous les deux, ont fait chacun donation d'une moitié de la dot sous la condition résolutoire de sa survie et donation d'une seconde moitié sous la condition suspensive de son prédécès. La donation pèse ainsi pour le tout sur la succession du prémourant. Celui des deux qui survit est censé n'avoir pas été obligé à supporter la dot.

C'est une aggravation de la clause d'imputation, — aggravation d'ailleurs assez fréquemment stipulée (2), — que le survivant soit obligé de fournir le complément de la dot au cas d'insuffisance de la succession du prémourant.

L'enfant doté qui ne peut pas obtenir la totalité de sa dot

(1) Rouen, 10 janvier 1903. *Gaz. Pal.*, 1903. 1. table, v° *Communauté*, n. 12s. et *J. Droit*, 29-30 juin 1903. Cet arrêt décide que le notaire réserve à bon droit, dans la liquidation qui suit une séparation de biens, les reprises éventuelles qui ne seront fixées qu'au décès du premier mourant des époux.

(2) Civ. cass., 2 mai 1899, rapport de M. Faye, S., 1900. 1. 89, D., 1899. 1. 505.

sur la succession du prémourant, a-t-il immédiatement action contre le survivant pour obtenir le complément de cette dot, lorsqu'une stipulation d'*imputation subsidiaire sur la succession de ce survivant* est intervenue ? Tout dépend de la volonté des contractants. Mais ils auront rarement précisé ce point. Dans le silence de la constitution de dot à cet égard, le survivant des constituants, que le prédécès de son conjoint ne libère de ses obligations de constituant que dans la mesure où elles ont été exécutées par la succession de celui-ci, reste tenu pour le surplus. Toutefois, s'il ne s'est obligé que pour la moitié, il faut voir, en fait, si le prédécès de son conjoint a ou non étendu son obligation. Dans tous les cas, la clause d'imputation sur la succession du prémourant avec extension subsidiaire sur la succession du survivant, ne nous semble pas devoir, dans le silence du contrat de mariage sur le point spécial que nous examinons, être interprétée dans le sens de la suspension de toute action en versement de la dot contre lui, de son vivant. Loin de là, il est de plein droit garant en vertu des articles 1440 et 1547.

Quoi qu'il en soit, on comprend aisément le système de récompenses lorsque la dot est imputable sur la succession du prémourant. Cette succession doit, dans la limite des droits que l'enfant doté possède sur ladite succession, indemniser, soit la communauté, soit l'autre conjoint, de tout ce qu'ils ont fourni sur la dot.

869. c. *Dot constituée par la femme seule au profit de l'enfant commun.* — Cette hypothèse, — à part une allusion très restreinte faite par l'article 1427, — n'est pas réglée par les textes.

Pour bien l'étudier, il faut envisager successivement le cas où la femme a doté l'enfant commun avec l'autorisation de la justice, et celui où elle l'a doté avec l'autorisation de son mari. Dans l'un et l'autre cas, il nous faut consulter les principes généraux.

870. 1° La femme, mariée sous le régime de la communauté, a doté l'enfant commun avec l'autorisation de la justice.

En règle générale, la femme qui contracte avec la seule autorisation de la justice, n'engage qu'elle-même. Les obligations ainsi formées ne sont exécutoires, ni sur les biens du mari, ni sur les biens de la communauté (art. 1426). Elles ne sont exécutoires que sur la nue propriété des biens propres de l'épouse (arg. art. 1413 *in fine*, art. 1410 al. 2). Et ce que nous disons des obligations est vrai par là même des aliénations. La femme autorisée par la justice ne peut disposer que de la nue propriété de ses biens propres.

Il n'est dérogé à cette règle, — afin de faciliter la constitution de dot en biens communs, — que dans la mesure indiquée par les articles 1427 et 511 (1). Bornons-nous à rappeler, ici, les solutions données par ces textes.

La femme, nous dit l'article 1427, peut, avec l'autorisation de la justice, doter avec des biens de la communauté un enfant commun, si le mari est en état d'absence.

Dans cette hypothèse où la femme a doté ainsi l'enfant commun avec l'autorisation de la justice il n'y a guère place à des récompenses.

D'autre part, quand le mari est présent mais empêché par l'aliénation mentale de doter par lui-même, il faut recourir à l'article 511. Ce texte, qui suppose pour être applicable le mari interdit, confie au conseil de famille le soin de décider s'il y a lieu ou non de doter les enfants, et dans quelle mesure il convient de doter chacun d'eux avec des biens de la communauté, ou avec des biens propres du mari.

871. 2° L'épouse a doté seule l'enfant commun, mais avec l'autorisation de son mari.

Une question que l'on peut se poser, d'abord, est celle de savoir si, dans cette hypothèse particulière, il faut considérer comme inapplicable la règle générale, d'après laquelle l'obligation de la femme contractée avec l'autorisation de son mari permet par cela seul au créancier de poursuivre son paiement sur les biens de l'épouse, sur ceux de la communauté et sur les biens du mari. Deux dérogations principales

(1) V. *supra*, I, n. 619 s.

à ce principe sont en général admises. L'une dériverait de l'article 1413 au cas d'acceptation, par la femme, d'une succession purement immobilière (1). L'autre résulterait de l'article 1432, et le mari ne serait pas garant de l'aliénation d'un bien propre de la femme, par cela seul que cette dernière aurait consenti cette aliénation avec l'autorisation de son conjoint (2).

Nous n'avons pas à reprendre, même en résumé, l'exposé ci-dessus présenté de cette théorie (3). Rappelons seulement que dans une certaine doctrine, très contestée, présentée à l'occasion des articles 1413 et 1432, on soutient que la femme, constituant une dot, avec l'autorisation de son mari, au profit d'un enfant qu'elle a eu d'un mariage précédent, n'oblige qu'elle-même, sans engager ni la communauté ni son époux (4). Mais on ne comprendrait plus une solution de même nature lorsqu'il s'agit de l'établissement d'un enfant commun.

Quoi qu'il en soit, nous n'avons point à insister, ici, sur la question de savoir qui est obligé par la constitution de dot. Nous devons nous borner à rechercher qui doit la supporter et quelles récompenses peuvent être dues à cette occasion.

Nous dirons que la dot, ainsi constituée par l'épouse seule, doit être supportée par elle seule. Dans toutes les hypothèses autres que celle dans laquelle l'épouse a constitué la dot de l'enfant commun au nom de la communauté dans les termes de l'article 1427, la femme doit une récompense, soit à la communauté, soit au mari, si la dot par elle constituée a été soldée en biens communs ou en biens du mari, ou si la dot promise par l'épouse a été acquittée en deniers du mari ou de la communauté. Ceci peut arriver fréquemment, étant admis, comme nous venons de le dire, que l'autorisation donnée à la femme par son époux oblige la communauté et expose le mari à des poursuites sur ses biens personnels, conformément à l'article 1419.

(1) V. *supra*, I, n. 596.
(2) V. *supra*, I, n. 597.
(3) V. *supra*, I, n. 583 s.
(4) V. *supra*, I, n. 598 *in fine*.

872. Nous avons terminé l'étude générale des récompenses dans les limites que nous avions tracées.

Nous avons vu qu'il existe une sorte de compte courant entre la communauté et chacun des époux, compte courant différent de celui qui se règle à part et directement entre le mari et la femme (1). C'est surtout en étudiant le mode de liquidation de la communauté que nous constaterons l'intérêt qu'il y a à distinguer, d'une part, le compte à dresser entre la femme et la communauté, celui qui existe entre la communauté et le mari, et, d'autre part, celui qui comprend les créances directes entre les deux époux. Déjà nous avons déclaré que le solde de ce dernier compte se règle comme une créance ordinaire; alors que, tout au contraire, le mode de paiement du reliquat, dû par la communauté ou à elle dû, est organisé d'une manière tout à fait spéciale (art. 1470-1471). Nous traiterons ces questions en étudiant la liquidation et le partage de la communauté (2).

(1) V. *supra*, I, n. 805.
(2) V. *infra*, II, n. 1083 s.

FIN DU TOME PREMIER

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME Ier

(N°s)		Pages
	PRÉFACE	1
1-4.	INTRODUCTION — But général du Titre du contrat de mariage.	29
5.	Lois modificatives de cette branche de notre législation	30
6-9.	Notion générale et caractère de ce contrat. — Division	32

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

10.	Division	36

CHAPITRE PREMIER

DES CONVENTIONS QUE LA LOI PERMET OU DÉFEND D'INSÉRER DANS LES CONTRATS DE MARIAGE

11-15.	Principe de la liberté des conventions matrimoniales. Ses origines, sa justification. — Division	37

§ I. *Défense de déroger aux lois qui règlent les rapports de famille.*

16-18.	Mariage, puissance maritale	42
19-23.	Droits du mari comme chef	45
24-30.	Puissance paternelle et droits qui s'y rattachent	49
31.	De la condition de ne pas se remarier	52

§ II. *Défense de modifier par contrat de mariage l'ordre légal des successions.*

32-39.	Législation spéciale des pactes sur succession future contenus dans les contrats de mariage	54

§ III. *Défense de renvoyer, dans les contrats de mariage, d'une manière générale aux anciens statuts, lois et coutumes.*

40-43.	Motifs et étendue de cette prohibition	60

§ IV. *Défense de contrarier, dans un contrat de mariage, les règles impératives ou prohibitives éparses dans le code civil.*

44.	Rappel des principales applications	66
45.	Clauses restrictives de la capacité de la femme	67

(N°s) Pages

46. Restriction de la capacité de disposer à titre gratuit..... 71

47-47 *bis*. Stipulation d'une communauté à terme ou d'une communauté conditionnelle. Application du principe aux autres régimes matrimoniaux..... 72

48. Clauses ou contrats étrangers à l'association conjugale..... 76

§ V. *Le principe de la liberté des conventions matrimoniales, envisagé au point de vue international.*

49. Distinctions diverses..... 77

CHAPITRE II

§ I. *Idée générale et origine historique des divers régimes matrimoniaux. — Régime de droit commun.*

50-51. Le législateur a voulu respecter les habitudes. Idées universellement admises..... 80

52. Traditions spéciales des pays de droit écrit..... 81

53. Traditions coutumières. Origine de la communauté..... 82

54. Régime matrimonial de la Normandie..... 86

55-60. Préparation législative de notre Titre. Choix du régime de droit commun..... 88

61. Résistance au maintien de l'inaliénabilité dotale..... 91

62-68. Idée sommaire de chacun des quatre principaux régimes. Manière de stipuler l'un d'entre eux, avec ou sans modifications. Statistique des contrats de mariage..... 92

69. Règles d'interprétation..... 100

§ II. *Aperçu de législation comparée sur le régime légal admis dans les principaux États étrangers.*

70-73. Distinction des législations étrangères en trois groupes :..... 101

Régimes de séparation ou de paraphernalité..... 102

Régimes de dotalité générale..... 104

Régimes d'une communauté plus ou moins étendue..... 106

§ III. *Conflits de législations et leurs solutions.*

74-76. Faut-il faire prévaloir la loi nationale des époux ou, au contraire, leur volonté tacite..... 107

CHAPITRE III

§ I. *Forme du contrat de mariage.*

77-80. Il faut un acte notarié, dont il reste minute et qui satisfasse aux autres règles de la loi du 25 ventôse an XI revisée par la loi du 12 août 1902..... 113

81. Dans quelle mesure la présence des futurs époux est-elle requise ?..... 117

(Nos) Pages
82. Non rétroactivité de l'art. 1394.... 118
83. Application de la règle *Locus regit actum*..... 118

§ II. *Frais du contrat de mariage.*

84. De la contribution : distinction entre les divers frais 120
84 *bis*. De l'obligation à la dette des frais..... 122

CHAPITRE IV

§ I. *Époque de la rédaction des conventions matrimoniales.*

85. Elles doivent être rédigées avant la célébration du mariage, motifs..... 123

§ II. *Immutabilité des conventions matrimoniales.*

86-89. Principe général, son origine coutumière, ses motifs..... 124
90-91. Son étendue d'application. Cas non douteux..... 126
92-94 *bis*. Hypothèses douteuses, remploi, échange..... 127
95. Simulations d'apports ou de paiement de la dot..... 131
96-97. Sociétés entre époux..... 132
98-100. Mandat..... 135
101-103. La règle de l'immutabilité s'étend-elle aux donations faites par des tiers aux conjoints dans le contrat de mariage?..... 142
104-113. Applications délicates..... 144
114-115. Immutabilité des donations entre futurs conjoints..... 148
116. En quel sens l'article 1395 ne lie pas les tiers donateurs..... 149
117-118. Dans quelle mesure régit-il les donations entre époux ?..... 151
119. Conventions purement interprétatives..... 153
120. Conventions à titre onéreux avec des tiers..... 154
121. Le principe de l'immutabilité en droit international..... 155

§ III. *Théorie des contre-lettres.*

122-125. Notions générales.. 157
126-136. A. Conditions de validité des contre-lettres entre les parties. *Présence* et consentement simultané de toutes les *parties*.. 160
137-139. B. Conditions requises pour que les contre-lettres soient opposables aux *tiers*..... 166

CHAPITRE V

DE LA CAPACITÉ REQUISE CHEZ LES FUTURS ÉPOUX POUR LE RÈGLEMENT DE LEURS CONVENTIONS MATRIMONIALES.

140. Division..... 170

§ I. *Mineurs*

141-150. Trois graves dérogations au droit commun..... 170
151-151. De *l'assistance* du mineur..... 177

(Nos) Pages

155. La minorité n'est pas retardée ici au delà de 21 ans..... 179

§ II. *Incapables autres que les mineurs.*

156-157. Du prodigue ou du faible d'esprit..... 180
158-163. Des interdits judiciaires ou légaux; des aliénés non interdits, etc. 183

CHAPITRE VI

DE LA PUBLICITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE

164 167. But de cette publicité..... 186

§ I. *Précédents historiques.*

168-170. De la publicité des conventions matrimoniales d'après l'ordonnance de 1673, le code de commerce de 1807 et le code civil. 187

§ II. *Formalités de publicité.*

171-172. Loi du 10 juillet 1850..... 190

§ III. *Étendue d'application de la loi de 1850. Sanctions.*

173-174. La loi de 1850 régit-elle les contrats de mariage des commerçants ?..... 193
175. La loi de 1850 régit-elle les contre-lettres ? Renvoi..... 194
176-179. *Sanctions* : Obligations du notaire et de l'officier de l'état civil. 194
180-187. Droits, vis-à-vis des époux, accordés aux tiers induits en erreur par le défaut de publicité. Des contre-lettres..... 196
188. La loi de 1850 ne dispense pas de recourir aux modes de publicité du droit commun..... 201
189-190. Le principe de la publicité en droit international privé..... 201

CHAPITRE VII

§ I. *De l'effet des contrats de mariage valables.*

191. Règles d'interprétation (renvoi). Force probante..... 203
192. A. A quelles personnes le contrat est-il opposable ?..... 204
193-195. B. Le contrat de mariage a-t-il effet du jour où il est signé ?... 205

§ II. *De la caducité du contrat de mariage.*

196-198. Caducité provenant du défaut de célébration du mariage..... 207
199-202. Caducité résultant de l'annulation du mariage. — Mariage putatif. 209

§ III. *Des nullités du contrat de mariage.*

203-205. Division. — I. Conséquences légales de l'annulation judiciaire du mariage..... 214
206. II. Situation faite aux époux avant cette annulation..... 218
207-210. III. Existe-t-il des nullités relatives de contrats de mariage ?... 219

CHAPITRE VIII

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA DOT

(N^os^) Pages
211-215. Divers sens du mot *dot*.— Division..... 225
216-221. § I. *De l'interprétation de la constitution de dot*..... .. 228
222-224. § II. *Des intérêts de la dot*..... 232
225-232. § III. *De la garantie de la dot*..... 234
233-239. § IV. *Du rapport de la dot et de la réduction*..... 238
240-244. § V. *Aperçu de doctrine et de jurisprudence sur l'exercice de l'action paulienne contre la constitution de dot*..... 244

DEUXIÈME PARTIE

DU RÉGIME EN COMMUNAUTÉ OU DES RÉGIMES USITÉS DANS LES PAYS DE COMMUNAUTÉ

245-248. Division. — Idée générale de la communauté..... 253
249-250. La communauté est-elle une personne juridique ?..... 258
251-252. Communauté légale et communauté conventionnelle : leur point de départ unique..... 261

I. DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

253-254. Comment elle s'établit. — Division..... 263

CHAPITRE I

DE CE QUI COMPOSE LA COMMUNAUTÉ ET LE PATRIMOINE PROPRE DES ÉPOUX ACTIVEMENT ET PASSIVEMENT

255-256. Aperçu général..... 265

SECTION PREMIÈRE

DE L'ACTIF DE LA COMMUNAUTÉ

257. Indication des trois éléments de l'actif commun..... 265

§ I. *Mobilier des époux.*

258-262. Principe. Rappel de la distinction des meubles et des immeubles. 266
263-268. Des meubles incorporels : prix d'immeubles, soultes, prix de licitation. Faut-il, en ces matières, appliquer l'art. 883? Hypothèses diverses..... 268
269 De la créance de reprises dans une communauté non liquidée... 274
270 De l'obligation alternative et de l'obligation dite facultative.... 274
271 De l'obligation ou créance d'un fait..... 275
272 Des droits d'usufruit, de servitude, d'emphytéose et de bail..... 277
273 Des droits accessoires (hypothèque, gage, antichrèse)..... 277
274-278. Des rentes..... 278
279-282. De la stipulation que la rente viagère, créée durant la commu-

(N°) Pages

nauté, appartiendra en propre au survivant, avec ou sans clause de réversibilité..... 279
283. Des assurances sur la vie..... 283
284-287. Des dons de fortune : gains faits au jeu, trésor, lots et primes, etc.. 289
288-291. Produits du travail ou de l'industrie : offices, clientèles..... 291
292-294. Propriété littéraire, artistique, industrielle..... 294
295. Partage des bénéfices des opérations en cours à la dissolution de la communauté..... 298

§ II. *Fruits des biens propres des époux.*

296-297. Principe général. Le droit de jouissance de la communauté n'est pas un véritable usufruit..... 299
298. En quoi il ressemble à un usufruit..... 300
299-307. En quoi il en diffère : coupes de bois, carrières, mines, etc.... 302
308-309. Ce droit de jouissance ne peut être aliéné ni saisi. Garanties spéciales de restitution..... 308
310. Rappel du droit des donateurs de meubles d'exclure de la communauté pour le capital ou même pour les revenus, les biens objet de leur libéralité..... 309

§ III. *Acquêts immeubles.*

311-312. Aperçu général..... 309
313-315. I. Immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage; dation en paiement; achat d'un usufruit établi sur un propre..... 311
316. II. Immeubles acquis à titre onéreux dans l'intervalle entre le contrat de mariage et la célébration du mariage..... 314
317. Hypothèse inverse..... 317
318-323. III. Immeubles donnés ou légués à la communauté..... 318

SECTION II

DE L'ACTIF DU PATRIMOINE PROPRE DES ÉPOUX

324-326. Notions générales..... 322

§ I. *Des propres immobiliers.*

327-328. Division. — **A.** ***Immeubles présents***..... 323
329-343. Applications diverses du principe écrit dans l'art. 1402..... 324
344-345. **B.** ***Immeubles acquis à titre lucratif pendant le mariage***.... 332
346-349. *a*. Acquisition par accession..... 332
350-357. *b*. Acquisition par succession *ab intestat*..... 334
358-361. *c*. Immeubles donnés ou légués à un époux à titre de propres.. 337
362. **C.** ***Immeubles acquis à titre onéreux dans certains cas exceptionnels***..... 339
363-368. *α*. Abandon d'un immeuble par un ascendant à titre de dation en paiement ou à la charge de payer ses dettes..... 339
369-370. *6*. Immeubles subrogés par voie d'échange ou de remploi à des immeubles propres. Aperçu général. Division..... 344
371-374. 1° *Échange*..... 344
375-378. 2° *Remploi* ; notion générale ; origines..... 349

(N°s) Pages
379-380. I. Remploi facultatif : A. Ses conditions..... 351
381-384. 1° L'aliénation du propre..... 351
385. 2° L'acquisition d'un bien nouveau qui va remplacer l'ancien ?.. 355
386. a. Le bien acquis doit-il être immeuble ?..... 355
387. b. Peut-il être acquis du mari ou de la communauté ?..... 356
388-389. c. Peut-il être d'une valeur supérieure à celle du propre aliéné? 358
390 391. d. Faut-il un écrit ? qui supporte les frais?..... 359
392-396. 3° Certaines déclarations sont requises..... 360
397-401. a. Remploi d'un bien propre du mari..... 362
402-404. b. Remploi d'un bien propre de la femme : supposons, d'abord, la femme présente..... 365
405-411. L'acquisition est faite par le mari dans l'intérêt de la femme... 366
412-422. B. Effets du remploi facultatif..... 370
423-425. II. Remploi conventionnel..... 376
γ Acquisition d'un droit indivis dans un immeuble dont un des époux est copropriétaire..... 382
426-431. Idée générale de l'article 1408 ; distinction des deux hypothèses qu'il prévoit..... 382
432-444. Conditions d'application de l'article 1408, alinéa 1er..... 387
445-446. Article 1408, alinéa 2. *Retrait d'indivision*. Motifs, etc..... 394
447-449. A. Dans quel cas la femme a-t-elle ce droit d'option ?..... 395
450-455. B. En quelle forme et à quelle époque doit-elle l'exercer ?..... 399
456. Peut-il être exercé par les héritiers et les créanciers ?..... 402
457. C. Conséquences légales du droit d'option..... 404
458. a. Condition juridique de l'immeuble tant que le retrait n'est pas exercé..... 405
459. b. Refus de retrayer..... 407
460-462. c. Exercice du retrait..... 409

§ II. *Des propres mobiliers.*

463. Exceptions à la règle que tout le mobilier entre en communauté. 413
464-466. a. Biens donnés ou légués sous cette condition..... 413
467-471. b. Meubles exceptés d'après leur nature..... 416
472-473. c. Meubles qui proviennent de propres et ne sont pas des fruits. 421
474-479. d. Meubles substitués à des biens personnels durant la communauté..... 422
480-481. Distinction des propres parfaits et des propres imparfaits..... 424
482. e. Renvoi pour les rentes viagères et contrats d'assurance..... 426

SECTION III

PREUVE DE LA QUALITÉ DES BIENS DANS LES RAPPORTS DES ÉPOUX AVEC LA COMMUNAUTÉ

483-487. Entre les époux, tous les biens sont présumés conquêts, jusqu'à preuve du contraire. — Modes de preuve..... 426

SECTION IV

DU PASSIF DE LA COMMUNAUTÉ ET DES ACTIONS QUI EN RÉSULTENT CONTRE LA COMMUNAUTÉ

488. Aperçu général. — Division..... 429

§ I. *Charges usufructuaires et charges du ménage.*

(N°s)		Pages
489-490.	But de la communauté	432
491-494.	*a.* Charges usufructuaires	432
495-499.	*b.* Charges du ménage	436
500-505.	*Mandat tacite* de la femme	439

§ II. *Dettes mobilières antérieures au mariage.*

506-509.	Origines et fondements de la théorie	447
510-512.	I. Distinction entre les dettes immobilières et les dettes mobilières.	451
513.	Le titre exécutoire contre l'épouse avant le mariage, devient-il de plein droit exécutoire contre la communauté et le mari ?	456
514.	II. Quelles dettes sont antérieures au mariage ?	457
515-525.	Preuve mise par l'article 1410 à la charge des créanciers de la femme. Une règle et trois exceptions	459
526.	Situation différente des créanciers du mari	466
527.	Des dettes contractées après le contrat de mariage, mais avant la célébration du mariage	466
528-533.	III. Passif provisoire. Dettes mobilières relatives aux propres	468
534.	Dettes relatives aux successions immobilières	476
535.	Dettes grevant hypothécairement des immeubles propres	477
536.	Dot promise avant le mariage du donateur à un enfant d'un précédent lit	486

§ III. *Dettes des successions, donations ou legs échus à l'un des époux pendant le mariage.*

537-542.	Principes généraux	489
543.	Contribution aux dettes des successions	491
544-545.	Droit de poursuite des créanciers héréditaires	492
546-552.	Influence du défaut d'inventaire et de l'autorisation maritale ainsi que de la nature mobilière ou immobilière de la succession échue à la femme	493
553.	Le mari peut-il accepter une succession mobilière échue à la femme et à laquelle celle-ci veut renoncer ?	498
554-555.	Recours ou récompenses : *a*. Succession purement mobilière	499
556.	*b*. Succession purement immobilière	501
557.	*c*. Succession mixte : preuve de la valeur respective des meubles et des immeubles et fixation de la part contributoire	503
558-565.	Distinctions selon que le droit est échu à la femme ou au mari ou selon qu'il a été ou non dressé inventaire	504

§ IV. *Théorie générale des dettes contractées au cours de la communauté.*

566.	Idée générale	513

I. *Obligations du mari.*

567-572.	Droit de poursuite des créanciers : I. Toute dette du mari oblige la communauté	513

(N°s) Pages
573-575. II. De la contribution aux dettes et des recours..... 519

II. *Obligations de la femme.*

576. Aperçu général..... 524
577-582. I. Dettes que la femme contracte en agissant comme mandataire de son mari..... 525
582 *bis*. Dans quelle mesure est-elle tenue de rendre compte?..... 529
583-584. II. Dettes contractées par la femme avec l'autorisation de son mari : difficulté de question..... 529
585-595. 1re *Hypothèse*: Le mari se borne à autoriser sa femme. Étude de la règle. Controverse sur l'obligation du mari..... 531
596. 1re Exception (art. 1413)..... 546
597-598. 2e Exception (art. 1432): en existe-t-il d'autres?..... 548
599. Le mari peut-il stipuler et le créancier promettre que, malgré l'autorisation maritale, il ne sera exercé de poursuites ni sur les biens du mari ni sur les biens communs?..... 551
600. Renvoi pour la fixation de la contribution..... 554
601-602. 2e *Hypothèse*: La femme s'oblige solidairement avec son mari. Du droit de poursuite des créanciers..... 554
603. De la contribution à la dette..... 557
604-608. A. L'article 1431 modifie-t-il les règles du droit commun en matière de recours entre époux?..... 557
609. B. Les modifie-t-il à l'égard des codébiteurs ou des cautions?. 562
610. 3e *Hypothèse*: La femme s'oblige conjointement avec son mari. 563
611. III. Dettes contractées par la femme avec l'autorisation de justice. Règle..... 565
612-616. 1re Exception : Femme commerçante..... 565
617-618. 2e Exception: pour tirer le mari de prison..... 567
619-623. 3e Exception: pour l'établissement des enfants en cas d'absence du mari..... 569
624-627. IV. Dettes de la femme autres que celles qui résultent des contrats..... 573
628-631. V. Obligations résultant pour la femme de l'exercice des actions judiciaires, tant en demandant qu'en défendant..... 576

CHAPITRE II

DE L'ADMINISTRATION DES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ ET DES BIENS PERSONNELS A LA FEMME. — FONCTIONNEMENT DES RÉGIMES DE COMMUNAUTÉ.

632-636. Théorie générale. — Division..... 578

SECTION PREMIÈRE

DES DROITS ET DES POUVOIRS DU MARI ET DE LA FEMME SUR LES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ

637-633. Observations préliminaires..... 581

§ I. *Droits et pouvoirs du mari sur les biens communs.*

(N°s) Pages
639-640. Textes et idée générale..... 584

A. Étude de la règle posée par l'article 1421.

641-648. Le mari est un administrateur avec pouvoir d'aliéner..... 585
649-651. ....pourvu qu'il aliène sans fraude..... 589
652-654. Cas d'une instance en divorce ou en séparation de corps..... 593
655-657. Influence, sur les pouvoirs du mari, d'une interdiction légale ou judiciaire, de l'internement dans un asile d'aliénés ou de la dation d'un conseil judiciaire..... 596

B. Limitations apportées aux pouvoirs du mari par les articles 1422 et 1423.

658-659. Innovation du Code civil sur ce point..... 598

1° *Dispositions à titre gratuit entre vifs.*

660-669. Libéralités permises et libéralités défendues par l'article 1422. 599
670-673. Sanction. Le mari peut-il lui-même faire annuler les donations contraires à l'article 1422?..... 607
674. Validité des donations d'immeubles ou à titre universel auxquelles la femme a concouru..... 612

2° *Dispositions testamentaires.*

675-681. Dans quelle mesure le mari ou la femme peuvent-ils léguer des biens communs?..... 623

§ II. *Pouvoirs de la femme sur les biens communs.*

682-684. En règle générale, la femme est étrangère à l'administration de la communauté..... 631
685. Cas exceptionnels: mari interdit ou absent..... 633
686-693. Innovations réalisées ou projetées en matière de dépôts aux caisses d'épargne, etc. Tendance à créer au profit de la femme un pécule provenant de ses gains personnels..... 635
694-698. Loi du 20 juillet 1886, article 13, sur la caisse nationale des retraites pour la vieillesse..... 644

§ III. *Exercice des actions en justice sous le régime de la communauté.*

699-708. En principe, le mari seul a le droit de plaider sur les biens communs; la femme peut être également assignée lorsqu'une condamnation peut être sollicitée contre elle..... 646

SECTION II

DE L'ADMINISTRATION DES BIENS DE LA FEMME

709-717. Observations générales..... 652

§ I. *Obligations et responsabilité du mari administrateur des biens de sa femme.*

(N°s) Pages
718-729. Détermination du principe et applications diverses..... 657
730-731. Les tiers ont-ils action contre la femme pour les travaux exécutés sur ses biens propres ?..... 664

§ II. *Droits et pouvoirs du mari sur les biens de sa femme.*

731 *bis*. Division..... 667

I. *De l'exercice des actions relatives aux biens propres de la femme.*

732-735. Le mari a l'exercice des actions mobilières et possessoires..... 667
736-741. Cas exceptionnels: actions en dommages et intérêts fondées sur un délit commis contre la personne de la femme, actions intéressant son état ou sa capacité..... 670
742. La femme peut-elle former tierce opposition ?..... 674
743-744. L'exercice des actions pétitoires immobilières appartient à la femme..... 675
745-747 *ter* Droits du mari à cet égard..... 676

II. *Des aliénations de meubles ou d'immeubles propres à la femme.*

748. Texte et principe..... 681

A. De l'aliénation des propres immobiliers de la femme.

749-753. L'aliénation non consentie par la femme est nulle, mais la revendication du bien aliéné ne sera-t-elle point empêchée par l'obligation de garantie si elle pèse sur la communauté ?... 682
754. La revendication serait-elle possible durant la communauté ?... 690
755-758. La femme peut ratifier l'aliénation consentie par le mari,..... 692

B. De l'aliénation des propres mobiliers de la femme.

759-760. Le mari peut-il aliéner les propres mobiliers ? Adoption de la négative..... 693

III. *De la distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition: acceptation et répudiation de successions, legs, dons manuels. Des baux.*

761-762. Idée générale..... 701

A. De l'acceptation et de la répudiation des successions.

763-769. Désaccord entre le mari et la femme sur le parti à prendre relativement à une succession échue à celle-ci..... 703

B. Des baux des immeubles personnels de la femme.

770-777. Les baux de neuf ans au plus et qui n'ont pas été consentis trop longtemps d'avance survivent à l'expiration des pouvoirs de l'administrateur qui les a consentis seul..... 705
778-779. Baux de moins de neuf ans, mais frauduleux.. 714
780. Nullité du bail aléatoire..... 716

(N^os^) Pages
781. Les réceptions de paiements anticipés et les cessions de loyers ou de fermages sont-elles des actes d'administration permis au mari ?..... 717
782. Le mari a-t-il le droit de résilier les baux des immeubles propres de la femme ?..... 720
783. Vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers, les baux passés par le mari seul sont-ils régis par l'article 1328 ?..... 723
784. Ventes de fruits..... 725

SECTION III

THÉORIE GÉNÉRALE DES RÉCOMPENSES

785-788. Aperçu général, définitions, division..... 725

§ I. *Récompenses directement dues par un époux à l'autre.*

789-793. Division : — I. Du paiement de ces récompenses..... 728
794. Ces récompenses produisent-elles intérêt durant la communauté ?..... 734
795-801. II. Principaux cas de récompenses dues directement d'époux à époux..... 735
802. III. Fixation du chiffre de ces récompenses..... 740

§ II. *Récompenses dues à l'un des époux par la communauté ou à la communauté par l'un des époux.*

803-805. Développement historique de la théorie. — Division..... 740

I. *Récompenses dues à l'un des époux par la communauté.*

806-807. Principes..... 745
808-810. Récompense due par suite de l'aliénation d'un propre et de la réception totale ou partielle du prix durant la communauté. 747
811-813. Preuve..... 749
814. Il faut qu'il n'ait pas été fait remploi de la somme reçue..... 753
815. Récompense est due même si le prix consiste en une rente viagère..... 754
816-817. La récompense doit être de la somme reçue en capital..... 757
818-819. Preuve des inexactitudes dans l'indication du prix. — Cas où il s'agit d'une preuve à la charge du mari..... 759
820. Cas où il s'agit d'une preuve à la charge de la femme..... 763
821. Du cas où cette preuve est opposée aux tiers..... 765
822-823. Difficultés provenant de ce que des intérêts à courir ont été confondus avec le prix, ou, au contraire, de ce que des revenus futurs ont été réservés par les vendeurs, en sus du prix stipulé..... 766
824. Calcul de la récompense lorsque le prix consiste en une rente viagère..... 767
825. Fixation de la récompense lorsqu'un droit propre a été abandonné en paiement dans l'intérêt de la communauté..... 771

(N°s) Pages

826-827. Récompense due au cas d'aliénation d'un démembrement de la propriété d'un bien propre à un époux : nue propriété..... 771
828. Aliénation d'un usufruit..... 774
829. Rachat par un tiers de services fonciers dus à des héritages propres..... 777
830. Récompenses dues en raison d'une perception de fruits ou de produits auxquels la communauté n'avait pas droit..... 779
831. Récompenses relatives aux propres mobiliers..... 780
832. Rappel de la règle que les fautes dans l'administration du mari engagent la communauté..... 781
833. Rappel de l'article 1431..... 782

II. *Récompenses dues à la communauté par l'un ou par l'autre époux.*

834. Triple règle posée par Pothier : Origine et texte de l'art. 1437. 782
834 *bis*. 835. Un époux peut, par donation ou testament, dispenser son conjoint de payer récompense. — Division..... 783

a. *Récompenses auxquelles donnent occasion les dettes personnelles aux époux.*

836-837. Fréquence de cette cause de récompense ; résumé et renvoi.... 784
838. Opinion particulière de Colmet de Santerre sur le taux des récompenses dues en vertu de l'art. 1406 787

b. *Récompenses qui se rattachent à l'administration des biens propres.*

839-841. *Cas divers* : La communauté n'a pas perçu tous les fruits auxquels elle avait droit, ou elle a fait les frais préparatoires d'une récolte qu'elle ne perçoit pas..... 788
842-843 *bis* Récompenses à l'occasion de travaux faits sur les immeubles propres : Impenses nécessaires (impenses d'entretien pour dégradations antérieures au mariage); grosses réparations.. 790
844. Impenses utiles. Impenses voluptuaires..... 795
845-846. Taux de la récompense..... 799
847-848. Débours faits pour la conservation juridique d'un propre..... 800
849. Débours faits pour dégrever d'une servitude un immeuble propre ou en acquérir une à son profit..... 803
850. Rachat de l'usufruit grevant un propre..... 805

c. *Récompenses dues à la communauté pour création de rentes viagères, assurances sur la vie, ou transformation de droits viagers en droits perpétuels.*

851. Transformation d'un droit viager propre en un droit perpétuel; — rente viagère relative à un immeuble propre; — rente viagère constituée au profit d'un époux avec des valeurs communes. 806
851 *bis*. Rentes viagères réversibles..... 807
852. Rentes viagères sur la caisse des retraites pour la vieillesse.... 810
853. Assurances sur la vie 812

d. Causes de récompenses diverses n'ayant pas trouvé place dans les explications précédentes.

(Nos) Pages

854-857. *Hypothèses diverses :* Office ; — provision en cas de séparation de corps ; — actes frauduleux du mari..... 814

858-859. Preuve ; renvoi..... 816

§ III. *Récompenses dues par suite de donations quelconques faites, et de dots constituées par l'un ou l'autre époux séparément, ou conjointement par les deux époux, à des descendants.*

860-862. Notions générales..... 817

I. *Donation quelconque et spécialement constitution de dot en faveur d'un enfant d'un autre lit.*

863-864. Le mari doit-il récompense pour toutes libéralités par lui faites au profit de l'enfant né d'un précédent mariage ?..... 818

II. *Donations en faveur des enfants communs.*

865. Transition..... 822

866. *a.* Dot constituée à l'enfant commun par le père seul..... 823

867. *b.* Dot constituée à l'enfant commun par les père et mère..... 823

868. 1er CAS : L'acte de constitution de dot ne fixe point la part contributive des donateurs..... 824

868 *bis.* 2e CAS : L'acte règle la contribution ; stipulation que la dot est imputable sur la succession du prémourant..... 826

869. *c.* Dot constituée par la femme seule au profit de l'enfant commun : — Distinction..... 829

870. 1er CAS : La mère a doté avec autorisation de justice..... 829

871. 2e CAS : Elle a doté avec l'autorisation de son mari..... 830

872. Renvoi pour l'étude du mode de paiement des reprises et des récompenses..... 832

TABLE

DES TEXTES DE LOIS

EXPLIQUÉS PAR LE TOME I^er^

I. CODE CIVIL

Articles	Numéros	Articles	Numéros
1387.....	11 s.	1417.....	546, 589.
1388.....	16 s., 44 s., 64 s.	1418.....	565.
1389.....	32 s.	1419.....	583 s.
1390.....	40 s.	1420.....	500 s., 577 s.
1391.....	50 s., 63, 181.	1421.....	639 s.
1392.....	50 s., 62.	1422.....	639, 658 s.
1393.....	56 s.	1423.....	675.
1394, al. 1...	77 s.	1424.....	573 s. 624.
1394, al. 2...	171 s.	1425.....	571 s.
1395.....	86 s.	1426.....	611 s.
1396.....	126 s.	1427.....	617 s., 685.
1397.....	137 s.	1428.....	709 s.
1398.....	141 s.	1429-1430..	770 s.
1399.....	47 s.	1431.....	603 s., 796.
1400.....	253 s.	1432.....	597 s., 797.
1401-1°.....	257 s,. 464 s.	1433.....	474, 808 s.
1401-2°.....	296 s.	1434.....	379 s.
1401-3°.....	311 s.	1435.....	379 s.
1402.....	329 s., 350, 483 s.	1436.....	816 s.
1403.....	299 s., 472, 830.	1437.....	834 s.
1404.....	316 s , 350 s.	1438.....	216, 801, 867 s.
1405.....	318 s., 358 s.	1439.....	216, 866 s.
1406.....	363 s., 833.	1440.....	222 s., 225 s.
1407.....	371 s.	1469.....	863 s.
1408.....	426 s.	1478.....	790 s.
1409.....	488 s., 506 s., 537 s.,566 s.	1479.....	794.
1410.....	514 s.	1543.....	116.
1411.....	543, 555.	1544.....	216 s.
1412.....	543, 545, 556.	1545.....	217.
1413.....	546, 548, 556, 589, 596 s.	1546.....	217.
1414.....	543, 557, 561.	1547.....	225 s.
1415.....	560 s.	1548.....	222 s.
1416.....	547, 550, 555, 560, 589.	1573.....	233 s.

II. CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Articles	Numéros	Article	Numéro
862-868.....	169.	880.....	169.
872.....	169.		

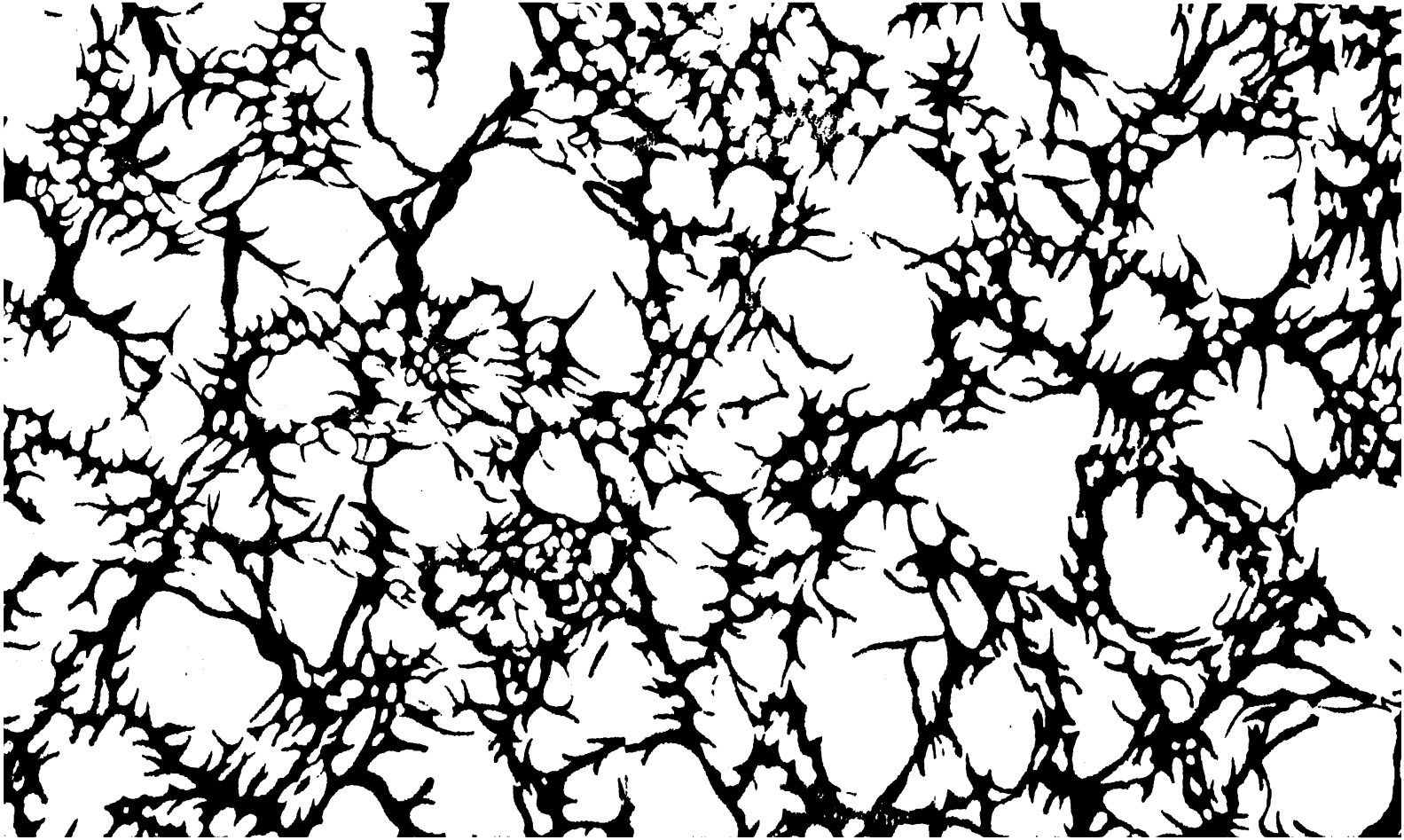
III. CODE DE COMMERCE

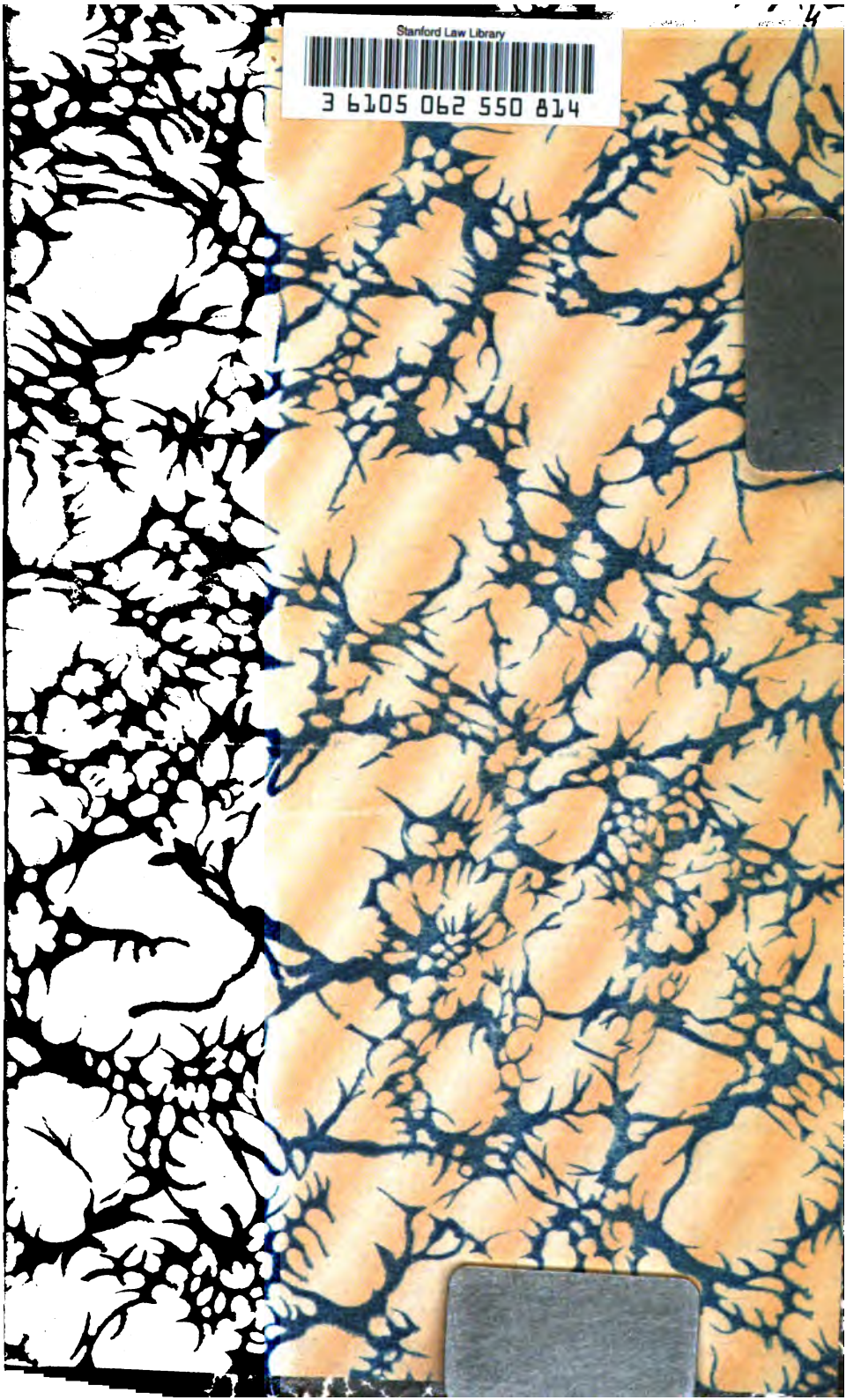
Articles	Numéro
65 à 70.....	168.

IV. LOIS SPÉCIALES

	Numéros
V. l'énumération des principales lois spéciales.....	5
Ord. du Com. de 1673, t. VIII, art. 1 et 2.....	168
L. 22 frim. an VII, art. 29, 30 et 33.....	84
L. 25 ventôse an XI, art. 20, 22, 28.....	79, 637
L. 21 avril 1810 (Mines).....	306
L. 30 août 1830 (Pensions des blessés de juillet).....	469
L. 30 juin 1838 (Sur les aliénés).....	685, 812
L. 21 juin 1843, art. 2 (Voir L. 12 août 1902).....	80
L. 10 juillet 1850 (Publicité).....	173 s.
L. 31 mai 1854.....	571, 574
L. 2 juillet 1862, art. 46.....	386, 425
L. 16 sept. 1871, art. 29.....	386, 425
L. 28 février 1872 (V. L. 28 avril 1893).....	84
L. 11 juin 1878, art. 3.....	386, 425
L. 9 avril 1881 (Caisse d'épargne postale).....	582, 689
L. 30 juillet 1881 (Pensions aux victimes du 2 décembre).....	46
L. 27 avril 1883, art. 3.....	386, 425
L. 27 juillet 1884 (Divorce).....	5
L. 18 avril 1886 (Procédure du divorce).....	18, 169
L. 20 juillet 1886, art. 13-3°-4° (Retraites pour la vieillesse).	468, 582, 694, 852
L. 6 février 1893 (Modifications au régime de la séparation de corps).....	18, 169
L. 28 avril 1893, art. 19 al. dernier (Budget).....	84
L. 17 janvier 1894, art. 3.....	386, 425
L. du 12 janvier 1895 (art. 3) sur l'insaisissabilité des salaires et petits traitements.....	468
L. 20 juillet 1895 (Caisses d'épargne ordinaires).....	582, 689
L. 17 août 1897 ajoutant un alinéa à l'article 76 Code civil.....	171
L. 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels (art. 12).....	468
L. 9 avril 1898 (Accidents du travail).....	468, 470
L. 21 avril 1893 (Caisse de prévoyance pour les marins).....	468, 470
L. 7 avril 1900, modifiant l'article 1153.....	794
L. 3 février 1902 (art. 3) sur les sociétés de prévoyance.....	468
L. 9 juin 1902 art. 3.....	386, 425
L. 12 août 1902 sur le notariat.....	80
L. 31 mars 1905 (Accidents du travail).....	470

Mayenne, Imprimerie Ch. COLIN.




Stanford Law Library
3 6105 062 550 814